This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

JUG
LSJ
IZd

s Handbuch

tswissenschaft.

wirkung

rlin, **Dr. V. Ehrenberg** in Göttingen,
curators **Dr. J. Glaser**, früher in Wien,
Dr. A. Haenel in Kiel, **Dr. A. Heusler** in
. Martitz in Berlin, **Dr. O. Mayer** in
. Mommsen in Berlin, **Dr. F. Oetker** in
l, **Dr. F. Regelsberger** in Göttingen,
Lothar Seuffert in München, **Dr. R. Sohm**
Wagner, früher in Leipzig, **Dr. M. Wlassak**
isburg

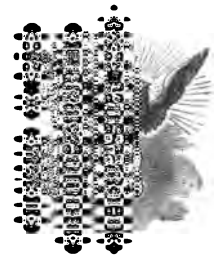
rausgegeben von

Karl Binding,

n Leipzig.

, dritter Teil:

ches Konkursprozeſsrecht.



zig,
ker & Humblot.
9.

[illegible]s

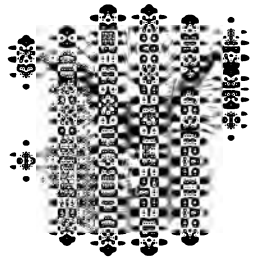
[illegible]ſsrecht.

[illegible]

[illegible]ert.

[illegible]

[illegible]r.



[illegible]

[illegible]

[illegible] Humblot.

Das Recht der Übersetzung wird vorbehalten.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Vorwort.

Diese systematische Darstellung des deutschen Konkursprozeſsrechts beruht auf der Konkursordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

An den zahlreichen Stellen, wo sich das Konkursprozeſsrecht mit dem materiellen Rechte berührt, wurden das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich und die damit zusammenhängenden neuen Reichsgesetze berücksichtigt. Die mit der Einführung des neuen Rechts auſser Kraft tretenden Reichs- und Landesgesetze haben für das künftige Konkursverfahren geringere Bedeutung und wurden daher selten herangezogen. Die Ausführungsgesetze zu den neuen Reichsgesetzen sind noch nicht vollendet und muſsten daher auſser Betracht bleiben.

Durchdrungen von der Überzeugung, daſs die wissenschaftliche Behandlung irgend eines Rechtszweigs der Darlegung der geschichtlichen Zusammenhänge nicht entbehren kann, habe ich nicht bloſs in der Einleitung die Geschichte des deutschen Konkursprozeſsrechts skizziert, sondern auch im Verlaufe der dogmatischen Darstellung bei allen wichtigeren Punkten an die geschichtliche Entwickelung anzuknüpfen versucht. Sowohl bei Ausarbeitung jener Skizze wie bei diesen Anknüpfungen muſste ich mir eine gewisse Beschränkung auferlegen, um den dogmatisch-praktischen Charakter des Werkes zu wahren.

Die in dem Buche vertretene Konstruktion der im Konkursprozefs entstehenden Rechtsverhältnisse erfreute sich bisher nicht des Beifalls der Mehrheit der Schriftsteller. Das hauptsächliche Hindernis ihrer allgemeineren Anerkennung scheint mir darin zu liegen, dafs man auf die Geschichte des Konkursprozefsrechts zu wenig und auf die Ansichten derjenigen, welche die Motive zum Entwurfe der Konkursordnung verfafst haben, zu viel Rücksicht nimmt. Ich gebe mich der Hoffnung hin, für diese Konstruktion durch den Nachweis, dafs sie sich nicht blofs überall konsequent durchführen läfst, sondern auch den Schlüssel zu befriedigender Lösung zahlreicher konkursrechtlicher Probleme bietet, neue Anhänger unter den Schriftstellern und in der Praxis zu gewinnen.

An dem Buche habe ich seit mehr als fünf Jahren redlich gearbeitet. Das erwähne ich deswegen, weil ich den Anspruch erhebe, dafs das Buch nicht mit der Litteratur zusammengeworfen werde, die seit dem Erscheinen der neuen Reichsgesetze mit pilzartiger Schnelligkeit emporwächst.

Herr Professor Dr. E. Jaeger in Erlangen war mir bei der Korrektur behülflich, wofür ich ihm auch an dieser Stelle meinen Dank ausspreche.

München, im April 1899.

Lothar Seuffert.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Seite

§ 1. Begriff und Wesen des Konkursprozesses. Begriff (Seite 1). Veranlassung zur Entstehung des Konkursprozesses (1). Seine socialpolitische Bedeutung (1). Der Konkursprozefs gehört zum Civilprozesse (2). Im Konkursprozesse erfolgt Feststellung und Zwangsvollstreckung (2). Eigenart der konkursmäfsigen Zwangsvollstreckung (3). 1

Die geschichtliche Entwickelung.

§ 2. 1. Das römische Recht. Missio in bona (4). Bonorum proscriptio (4). Bonorum venditio (5). Bonorum distractio (5). Cessio bonorum (6). 4

§ 3. 2. Das italienische Recht. Der Arrest, insbesondere der Generalarrest (7). Die missio in bona (8). Cessio bonorum (8). Die italienischen statuta (9). 7

§ 4. 3. Das deutsche Recht bis zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts. Vorsorgliches Zwangsverfahren (10). Vorrecht der ersten Besetzung (12). Befriedigung nach Verhältnis der Forderungen (12). 10

§ 5. 4. Das gemeine Recht. Litteratur (13 Note 1). Das Präliminarverfahren (14). Das decretum de aperiundo concursu (15). Das Liquidationsverfahren (15). Das Prioritätsverfahren (16). Die fünf Klassen (17). Das Verteilungsverfahren (18). 12

§ 6. 5. Das französische Recht und deutsche Partikularrechte. Der code de commerce (18). Das Fallimentsgesetz v. 28. Mai 1838 (21). Die preufsische Konkursordnung v. 8. Mai 1855 (21). Die bayerische Civilprozefsordnung v. 29. April 1869 (22). Die badische Prozefsordnung v. 18. März 1864 (22). 18

§ 7. 6. Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Kodifikationspläne bei Beratung über den Entwurf des Handelsgesetzbuchs (22). Der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung (23). Die Entwürfe einer Konkursordnung für das Deutsche Reich (23). Die

Seite

Vorlage an den Reichstag (24). Die Schicksale der Vorlage im Reichstag (24). Das Reichsgesetz (24). Die Aufhebung der Vorschriften über den Genossenschaftskonkurs und deren Ersetzung durch das Genossenschaftsgesetz (24). Die Änderung des § 41 Nr. 4 (25). Abänderungsanträge aus dem Reichstage (25). Die Änderungen aus Anlafs der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (25). Das Reichsgesetz, betr. Abänderungen der Konkursordnung, v. 17. Mai 1898 (26). Die neue Redaktion der Konkursordnung (26). Das neue Einführungsgesetz (26). 22

Anhang. Litteratur des Reichskonkursrechts 27

§ 8. Das Verhältnis der Konkursordnung zu den Reichs- und zu den Landesgesetzen. 1. Verhältnis zu den Reichsgesetzen (27). 2. Verhältnis zu den Landesgesetzen (29). 27

§ 9. Die räumliche Geltung des deutschen Konkursprozefsrechts. Inländisches Konkursverfahren (30). Ausländisches Konkursverfahren (32). Staatsverträge (33). 30

§ 10. Die zeitliche Geltung des deutschen Konkursprozefsrechts. Die vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse (34). Die seit dem 1. Oktober 1879, aber vor dem 1. Januar 1900 eröffneten Konkurse (35). Übergangsbestimmungen (36). 33

Erstes Hauptstück.

Das Konkursgericht und die bei dem Verfahren Beteiligten.

§ 11. I. Das Konkursgericht. Sachliche Zuständigkeit (37). Örtliche Zuständigkeit (38). 37

§ 12. II. Die Konkursgläubiger. (Konkursforderung.) Voraussetzungen: 1. Vermögensanspruch (39). 2. Klagbarkeit (39). 3. Persönliche Haftung des Gemeinschuldners (40). a) Begriff dieser Haftung (40). b) Gläubiger eines Nachlafskonkurses (40). c) Gläubiger eines Gemeinschaftskonkurses (42). d) Zusammentreffen von persönlicher Haftung und Sachhaftung (43). Zusammentreffen von Haftung einer Gemeinschaft und Haftung der Gemeinschafter (44). Zusammentreffen von Haftung des Erben mit dem Nachlafs und Haftung des Erben mit dem sonstigen Vermögen (46). 4. Die Forderung mufs zur Zeit der Konkurseröffnung begründet sein (47). a) Betagte Forderungen (47). Insbesondere Rentenansprüche (48). Unterhaltsansprüche (49). b) Forderungen unter auflösender Bedingung (51). c) Forderungen unter aufschiebender Bedingung (51). d) Ansprüche aus Blankoaccepten (55). 5. Behandlung der Forderungen, für die mehrere Personen haften (56). 6. Vom Konkurs ausgeschlossene Forderungen (57). 7. Ausschliefsung wegen Retorsion gegenüber ausländischen Staaten (59). . 38

§ 13. III. Die Rangordnung der Konkursgläubiger. 1. Im gewöhnlichen Konkurse (60). 2. Im Nachlafskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (64). 3. Die Behandlung der Vorrechte (66). 60

§ 14. IV. Der Gemeinschuldner. 1. Konkurs über das Vermögen einer physischen Person (67). 2. Nachlafskonkurs (68). 3. Konkurs über

Seite

das Vermögen einer juristischen Person (69). 4. Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (70). 5. Konkurs über das inländische Vermögen (74). 6. Die Rolle als Gemeinschuldner (74). 67

Zweites Hauptstück.

Der Gegenstand der konkursmäfsigen Zwangsvollstreckung.

§ 15. I. Die Konkursmasse. 1. Vermögen (76). 2. Vermögen des Gemeinschuldners (76). 3. Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört (78). 4. Vermögen, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt (80). 5. Im Auslande befindliches Vermögen (88). 6. Konkursfreies Vermögen (88). 7. Zweiter Konkurs über nachträglich erworbenes Vermögen (89). 76

§ 16. II. Die Aussonderung. Begriff (89). Aussonderungsanspruch (90). Die einzelnen Aussonderungsberechtigten. 1. Auf Grund des bürgerlichen Rechts (91). 2. Auf Grund des § 44 K.O., Verfolgungsrecht (94). 3. Die Ehefrau als Aussonderungsberechtigte (98). 4. Der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung (99). 89

§ 17. III. Die Absonderung. 1. Allgemeines. Begriff (100). Der Absonderungsanspruch (102). Das Verfahren bei abgesonderter Befriedigung (103). Das Betreibungsrecht des Verwalters (104). Der Rechtsstreit über ein Absonderungsrecht (105). 100

§ 18. 2. Die einzelnen Absonderungsberechtigten. 1. Mafsgebend ist die K.O. (106). Schadensersatz wegen Absonderung im Auslande (106). 2. Absonderungsansprüche auf Grund von Sachobligationen (107). a) Rechte an unbeweglichem Vermögen (108). b) Pfandrechte an beweglichem Vermögen (109). α) Auf Grund von Rechtsgeschäften (109). β) Gesetzliche Pfandrechte (109). c) Zurückbehaltungsrechte (111). d) Absonderungsansprüche auf Grund einer Gemeinschaft (112). e) Lehens-, Stammguts- und Familienfideikommifsgläubiger (113). 106

Drittes Hauptstück.

§ 19. Allgemeine Vorschriften über das Verfahren. 1. Entsprechende Anwendung der Vorschriften der Civilprozefsordnung (116). 2. Direkte Anwendung dieser Vorschriften (120). 3. Besondere Vorschriften. a) Offizialmaxime (120). b) Kein obligatorisches mündliches Verfahren (120); daher sind die Entscheidungen Beschlüsse (121). c) Anfechtung durch sofortige Beschwerde (121). d) Zustellung und öffentliche Bekanntmachung (124). 115

Viertes Hauptstück.

Das Eröffnungsverfahren.

I. Die Voraussetzungen der Konkurseröffnung.

§ 20. 1. Ein Antrag eines Antragsberechtigten. 1. Die Antragsberechtigten im allgemeinen (125). 2. Im Nachlafskonkurs und im

Seite

Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (126). 3. Im Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person (132). 4. Im Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (132). 5. Verzicht auf die Antragsberechtigung (134). 6. Zurücknahme des Antrags (134). 7. Verpflichtung zum Antrag auf Konkurseröffnung (135). 125

§ 21. 2. Konkursgrund. Überschuldung. Zahlungsunfähigkeit. 139

§ 22. 3. Mehrheit von Gläubigern und genügende Konkursmasse. 140

§ 23. II. Die Ermittelung. 142

§ 24. III. Die Entscheidung. Die Prüfung der prozessualischen Voraussetzungen (144). Die Prüfung der sonstigen Voraussetzungen (146). Eröffnungsstunde (147). Bekanntmachung (147). Mitteilung an die Registerbehörden (148). Eintragung in das Grundbuch (149). 144

Fünftes Hauptstück.

Die Wirkungen der Konkurseröffnung.

§ 25. I. Das Pfandrecht der Gläubigerschaft an der Konkursmasse. Die Konkursmasse haftet den Konkursgläubigern (152). Geschichtliche Gründe für das Pfandrecht (152). Dogmatische Gründe (153). Das Pfandrecht steht den Konkursgläubigern in ihrer Vereinigung als Gläubigerschaft zu (155). Die Gläubigerschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (155). 151

§ 26. II. Die Organisation der Gläubigerschaft. 1. Der Konkursverwalter. Ernennung (158). Mehrere Verwalter (158). Specialverwalter (159). Befähigung, zum Verwalter ernannt zu werden (159). Bekanntmachung der Ernennung (160). Verhältnis des Verwalters zum Konkursgerichte (160). Zu den Konkursgläubigern und zum Gemeinschuldner (161). Rechnungslegung (161). Gebühren und Auslagen des Verwalters (162). Entlassung des Verwalters(162). 2. Der Gläubigerausschufs. Fakultatives Organ (163). Bestellung (163). Pflichten und Rechte (164). Widerruf der Ernennung (165). 3. Die Gläubigerversammlung. Berufung (166). Leitung (167). Berechtigung zur Teilnahme (167). Stimmrecht (167). Insbesondere bei ungeprüfter Forderung (168). Stimmrecht eines Absonderungsberechtigten (168). Eines Gläubigers mit bedingter Forderung (168). Beschlufsfassung (169). Das Veto des Gerichts gegen die Ausführung eines Beschlusses (170). 157

§ 27. III. Die relative Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und der nach der Eröffnung des Konkurses erworbenen Rechte. Rechtshandlung (172). Empfangnahme von Leistungen (172). Anerkenntnisse etc. (173). Einflufs der Kenntnis von der Konkurseröffnung (173). Rechtserwerb ohne Rechtshandlung des Gemeinschuldners (174). Rechtserwerb durch Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder der einstweiligen Verfügung (176). Vormerkungen (176). Im Nachlafskonkurse (177). 171

Seite

§ 28. IV. Der Einflufs auf relative Veräufserungsverbote. Deren Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern (178). Gesetzliche Veräufserungsverbote (178). Gerichtliche Veräufserungsverbote (179). Die Beschlagnahme unbeweglichen Vermögens (179). . 177

§ 29. V. Die Unterbrechung von Rechtsstreitigkeiten über Gegenstände der Konkursmasse. Aktivprozesse (180). Passivprozesse (182). 179

§ 30. VI. Der Einflufs auf die Rechtsschutzansprüche der Konkursgläubiger. Es entsteht kein neuer Rechtsschutzanspruch (184). Beschränkt wird nur der Anspruch auf Rechtsschutz durch Zwangsvollstreckung (185). Möglich ist die Klage auf Verurteilung des Gemeinschuldners auch während des Konkurses (187). Aber nicht neben der Liquidation (187). Aufnahme eines anhängigen Prozesses gegen den Gemeinschuldner (188). 184

§ 31. VII. Der Einflufs auf gegenseitige Verträge. 1. Begriff des gegenseitigen Vertrags (189). Befugnisse des Verwalters (190). 2. Fixgeschäfte über Waren (191). Verwandlung in Differenzgeschäfte (191). 189

§ 32. VIII. Der Einflufs auf Mietverträge, Pachtverträge und Dienstverträge. 1. Auf Mietverträge und Pachtverträge (192). 2. Auf Dienstverträge (195). 192

§ 33. IX. Das Erlöschen von Aufträgen und Vollmachten des Gemeinschuldners. Legislative Begründung (195). Aufträge (195). Dienstverträge über Besorgung von Geschäften (196). Vollmachten (196). 195

§ 34. X. Die Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Benachteiligung der Gläubiger.
1. Einleitung und Geschichtliches. Der Grundgedanke der Anfechtung (197). Römisches Recht (198 Note). Altdeutsches Recht (199 Note). Gemeines deutsches Recht (199 Note). Französisches Recht (200 Note). Deutsche Partikularrechte (201 N.). Reichsrecht (199—201 Text). Räumliche Geltung (202). 197

§ 35. 2. Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtbarkeit. Rechtshandlung (203). Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und andere Rechtshandlungen (204). Benachteiligung der Gläubiger (204). Zuwendung (205). Rechtshandlungen nach der Konkurseröffnung (206). 203

§ 36. 3. Besondere Voraussetzungen der Anfechtbarkeit. a) Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags (207). b) Inkongruente Sicherung oder Befriedigung (209). c) Kenntnis der Begünstigungsabsicht (211). d) Kenntnis der Benachteiligungsabsicht (212). Vermutung dieser Kenntnis (213). e) Freigebigkeit (214). f) Zuwendung an den stillen Gesellschafter (216). — Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers (216). . 207

§ 37. Das Recht zur Anfechtung und der Anfechtungsanspruch. (218). Das Anfechtungsrecht steht der Gläubigerschaft zu und wird von dem Verwalter ausgeübt (219). Die Anfechtung (220). Der aus

Seite

der Anfechtung entspringende Anspruch (220). Keine dingliche Wirkung (220). Die Rückgewähr a) bei Erwerb einer nicht vertretbaren Sache (221), b) bei Erwerb von vertretbaren Sachen (222), c) bei Übertragung eines Rechts (223), d) bei Begründung einer Forderung (223). e) bei Begründung eines anderen Rechts (223). — Die Erstattung der Bereicherung aus der Konkursmasse (224). Forderungen treten wieder in Kraft, wenn die Befriedigung angefochten wird (224). Der Anfechtungsanspruch ist kein Deliktsanspruch (225). Konkurrenz von Deliktsansprüchen (226). Für die Klage wegen des Anfechtungsanspruchs besteht der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht (226). Die Anfechtungsfrist (227). Die Beendigung des Anfechtungsrechts durch die Beendigung des Konkurses (228). Das Schicksal des bei Beendigung des Konkurses anhängigen Prozesses über einen Anfechtungsanspruch (228). 218

§ 38. XI. Der Einfluſs der Konkurseröffnung auf die Aufrechnung. Allgemeines (229). 1. Aufrechnung einer zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Forderung gegen eine zur Konkursmasse gehörende Forderung (230). a) Aufrechnung einer betagten Forderung (231). b) Sicherstellung der Aufrechnung einer bedingten Forderung (231). c) Aufrechnung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung (231). 2. Keine Aufrechnung einer Konkursforderung gegen eine Forderung der Gläubigerschaft (232). 3. Keine Anfrechnung einer nach der Konkurseröffnung erworbenen Forderung gegen eine zur Konkursmasse gehörende Forderung (232). 4. Keine Aufrechnung einer vor der Konkurseröffnung mit Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags erworbenen Forderung (232). Ausnahmen (232). 5. Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem Verwalter (233). 6(7). Aufrechnung nach Beendigung des Konkurses (233). 7(8). Aufrechnung im Auslande (233). 8(9). Aufrechnung aufserhalb des Konkurses (234). 9(10). Aufrechnung vor Konkurseröffnung (234). 229

§ 39. XII. Sonstige Wirkungen der Konkurseröffnung. 1. Verlust der Rechtsfähigkeit von Vereinen und Stiftungen (235). 2. Schliefsung von Innungen, Innungsausschüssen und Innungsverbänden (235). 3. Auflösung von Gesellschaften und Genossenschaften durch Eröffnung des Konkurses über deren Vermögen (236). 4. Auflösung von Gesellschaften durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (236). 5. Beendigung der Verwaltung und Nutznieſsung des Mannes an dem eingebrachten Gute (237). 6. Auseinandersetzung von Gemeinschaften (238). 7. Das Recht zur Zurücknahme hinerlegter Sachen kann von dem Gemeinschuldner nicht ausgeübt werden (239). 8. Verlust der Einrede der Vorausklage (239). 9. Beendigung der Verwaltung am Vermögen der Kinder (239). 10. Der Gemeinschuldner soll nicht zum Vormunde oder zum Mitglied eines Familienrats bestellt werden (239). Der Vormund etc., über dessen Vermögen Konkurs eröffnet ist, ist zu entlassen (240). 234

§ 40. XIII. Verbindlichkeiten der Gläubigerschaft. Masseansprüche. 1. Die Massegläubiger sind Gläubiger der Gemeinschaft der Konkursgläubiger (240). Beschränkte Haftung der Gläubiger-

Seite

schaft (240). Verfolgung der Masseansprüche gegen den Verwalter (241). 2. Massekosten: a) Gerichtskosten (242). b) Verwaltungskosten (243). c) Unterstützung des Gemeinschuldners (244). 3. Masseschulden: a) Ansprüche aus Rechtsgeschäften etc. des Verwalters (244), b) aus zweiseitigen Verträgen des Gemeinschuldners (245), c) aus § 672 Satz 2 B.G.B., d) aus Gemeinschaftsverhältnissen (245), e) aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse (246). 4. Masseschulden im Nachlafskonkurse (246). 5. Im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (248). 6. Rangverhältnisse der Massegläubiger bei unzureichender Konkursmasse (248). 240

Sechstes Hauptstück.

Das Schuldenfeststellungsverfahren.

§ 41. I. Allgemeines. Bedürfnis der Feststellung der Teilnehmer am Konkursverfahren (250) und der Feststellung der Rangverhältnisse (251). Gliederung des Verfahrens (251). 250

§ 42. II. Die Anmeldung der Forderungen. 1. Anmeldefrist (252). 2. Erfordernisse der Anmeldung (253). 3. Unterbrechung der Verjährung durch die Anmeldung (253). 4. Zurücknahme einer Anmeldung (254). 5. Eintragung in eine Tabelle (254). 6. Im Nachlafskonkurse gilt die im Aufgebotsverfahren erfolgte Anmeldung als Anmeldung zum Konkurse (256). 7. Ebenso im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (257). 252

§ 43. III. Die Zulassung und die Prüfung der Forderungen. 1. Der Prüfungstermin (258). 2. Die Verhandlung im Prüfungstermin im allgemeinen (258). 3. Zulassung zur Prüfung (259). 4. Erörterung der zugelassenen Forderungen (260). Widerspruch des Verwalters (261). Widerspruch eines konkurrierenden Gläubigers (262). Widerspruch des Gemeinschuldners (264). 5. Erhebung des Widerspruchs (264). 6. Feststellung von Forderungen (265). 7. Wirkungen der Feststellung (266). 258

§ 44. IV. Die Behandlung der streitigen Forderungen. 1. Die nicht titulierten Forderungen (268). 2. Die titulierten Forderungen (273). 3. Die Berichtigung der Tabelle und die Wirkung des Urteils im Feststellungsprozesse (276). 272

Siebentes Hauptstück.

Die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse.

§ 45. I. Allgemeines. Die Thätigkeit des Verwalters in Ansehung der Einbeziehung von Gegenständen zur Konkursmasse (279). Korrektur seines Verhaltens durch das Konkursgericht (279). Reaktion durch Klage auf Aussonderung (281). Folgen des Unterbleibens der Korrektur (281). 279

§ 46. II. Die Verwaltung der Masse durch den Konkursverwalter. 1. a) Besitzergreifung (282). b) Aufzeichnung der zur Masse gehörenden Gegenstände (284). c) Inventar und Bilanz (285).

Seite

2. Unterstützung der Verwalterthätigkeit: a) Offener Arrest (286). b) Vorzeigepflicht der absonderungsberechtigten Besitzer (289). c) Aushändigung der Postsendungen und Telegramme (289). d) Siegelung (291). e) Schliefsung der Geschäftsbücher (292). f) Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftserteilung und zur Leistung des Offenbarungseides (292). g) Verpflichtung des Gemeinschuldners zum Aufenthalt an seinem Wohnorte (295). h) Vorführung und Verhaftung des Gemeinschuldners (296). 282

47. III. Die Verwertung der Konkursmasse durch den Konkursverwalter. 1. Verwertungsbefugnis (300). 2. Beschränkungen: a) in Ansehung der Geschäftsbücher (300); b) in Ansehung der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände, wenn ein Nacherbe ernannt ist (301). 3. Verwertung der einzelnen Massebestandteile (303). 4. Befugnis zum Betrieb der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung (305). 5. Verwertung von Gegenständen, an denen ein Pfandrecht besteht (308). 300

§ 48. IV. Die Beteiligung des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung bei der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse. 1. Geschäfte, zu denen die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung einzuholen ist (311). 2. Angelegenheiten, die definitiv nur von der Gläubigerversammlung zu erledigen sind (317). 3. Mitwirkung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses zur Entnahme von Geldern etc. von der Hinterlegungsstelle (323). 4. Berichterstattung an die Gläubigerversammlung (325). 311

§ 49. V. Das Umlageverfahren im Genossenschaftskonkurse. 1. Rechtsentwickelung (326). 2. Wesen des Umlageverfahrens (328). 3. Nachschufspflicht der Genossen (329). 4. a) Vorschufsberechnung (332). b) Zusatzberechnung (333). c) Nachschufsberechnung (333). d) Zusatzberechnung zur Nachschufsberechnung (333). 5. Einstellung in die Berechnung (334). 6. Verfahren zur Vollstreckbarkeitserklärung (335). Einwendungen (336). Entscheidung (337). Einziehung der Beträge (337). 7. Anfechtung der für vollstreckbar erklärten Berechnung durch Klage (337). Zuständigkeit (337). Verweisung an das Landgericht (338). Urteil (339). 8. Hinterlegung der eingezogenen Beträge (338). Zurückzahlung (340). 326

Achtes Hauptstück.

Die Beendigung des Konkursverfahrens.

§ 50. Allgemeines. Verteilung des Erlöses aus der Konkursmasse (342). Zwangsvergleich (343 f.). Einstellung (344 f.). 342

I. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach der Schlufsverteilung.

§ 51. 1. Die Verteilungen. 1. Die verschiedenen Arten der Verteilung — Abschlagsverteilung, Schlufsverteilung, Nachtragsverteilung

Seite

(345 f.). 2. Vorschriften für die Abschlagsverteilungen und für die Schlufsverteilung: a) Keine Verteilung vor dem allgemeinen Prüfungstermine (346). b) Initiative des Konkursverwalters (346). c) Genehmigung des Gläubigerausschusses (347). d) Verteilungsverzeichnis (347 ff.). e) Niederlegung des Verzeichnisses auf der Gerichtsschreiberei (351). Bekanntmachung (351). Ausschlufsfrist (352). f) Einwendungen gegen das Verteilungsverzeichnis (354). 3. Besondere Vorschriften für Abschlagsverteilungen (357). a) Vornahme einer Abschlagsverteilung (357). b) Forderungen von absonderungsberechtigten Konkursgläubigern (357). c) Forderungen unter aufschiebender Bedingung (358). d) Einwendungen gegen das Teilungsverzeichnis (358). e) Bestimmung des Prozentsatzes (358). f) Aussetzung der Abschlagsverteilung wegen eines Zwangsvergleichsvorschlags (359). 4. Besondere Vorschriften für die Schlufsverteilung (362). a) Vornahme der Schlufsverteilung (362). b) Genehmigung durch das Konkursgericht (362). c) Schlufstermin (363). d) Forderungen von absonderungsberechtigten Konkursgläubigern (363). e) Forderungen unter aufschiebender Bedingung (363). f) Einwendungen gegen das Schlufsverzeichnis (364). g) Mitteilung der Beträge an die Gläubiger (364). 5. Nachzügler (364). 6. Zahlungen auf bevorrechtigte Forderungen (367). 7. Nachtragsverteilungen (369). 8. Nachtragsverteilungen in Genossenschaftskonkursen (373). 9. Vollzug der Verteilungen (374). a) Ansprüche der Gläubiger (374). b) Kondiktion irrtümlicher Leistungen (375). c) Auszahlung der Konkursdividende (376). d) Zurückbehaltung der Konkursdividende (376). e) Streitigkeiten über Auszahlung oder Zurückbehaltung (380). f) Behandlung der zurückbehaltenen Beträge (380). 10. Schlufsrechnung (381). Beschlufsfassung über nicht verwertbare Gegenstände (381). . 345

§ 52. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach dem Schlufstermin und deren Wirkungen. 1. Der Aufhebungsbeschlufs (382). 2. Die Wirkungen der Aufhebung. a) Erlöschen des Pfandrechts an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen (385). b) Beschränkung der Organe der Gläubigerschaft (386). c) Beendigung der durch die Konkurseröffnung eingetretenen Unterbrechung von Prozessen (386). d) Beendigung der durch die Anmeldung eingetretenen Unterbrechung der Verjährung (386). e) Beendigung der Beschränkung der Konkursgläubiger auf die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung (387). Unbeschränktes Verfolgungsrecht; kein beneficium competentiae (387). f) Urteilswirkung der Feststellungen im Konkurse (388). g) Verfolgung nicht festgestellter Forderungen (395). h) Wirkung der Feststellung im Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person (395). i) Desgleichen im Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (396). k) Desgleichen im Nachlafskonkurse (396). l) Desgleichen im Konkurs über das Vermögen einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht (398). 382

II. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach einem Zwangsvergleiche.

§ 53. 1. Der Zwangsvergleich. Allgemeines. 1. Begriff (400). 2. Geschichtliches (400). 3. Nachteile und Vorteile des Zwangsvergleichs (405).

Seite

4. Konstruktion (406). 6. Zulässigkeit des Zwangsvergleichs in den verschiedenen Konkursen (409). 400

§ 54. 2. Der Vergleichsvorschlag. 1. Der Vorschlag mufs vom Gemeinschuldner gemacht werden (412). Inhalt des Vergleichsvorschlags (413). Zurückziehung des Vergleichsvorschlags (415). 2. Gründe, aus denen ein Vergleichsvorschlag unzulässig ist (415). 3. Zurückweisung des Vergleichsvorschlags (417). 412

§ 55. 3. Die Vergleichsverhandlung. 1. Der Vergleichstermin (419). 2. Inhalt des Vergleichs (421). Verbot der ungleichen Behandlung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger (421). 3. Feststellung des Stimmrechts (423). 4. Beschlufsfassung über den Vergleichsvorschlag (424). 419

§ 56. 4. Das Bestätigungsverfahren. 1. Bedeutung der Bestätigung (426). 2. Die Entscheidung (427). a) Gründe, aus denen der Vergleich von Amtswegen zu verwerfen ist (428). b) Gründe, aus denen der Vergleich auf Antrag zu verwerfen ist (429). 426

§ 57. 5. Die Aufhebung des Verfahrens nach dem Zwangsvergleiche. 1. Bedeutung des Aufhebungsbeschlusses (432). 2. Wirkungen der Aufhebung (433). a) Erlöschen des Pfandrechts an der Konkursmasse (434). b) Beendigung der durch die Konkurseröffnung eingetretenen Unterbrechung von Prozessen (434). c) Beendigung der durch die Anmeldung eingetretenen Unterbrechung der Verjährung (434). d) Beendigung der Beschränkung der Konkursgläubiger auf die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung (435). e) Verfolgung der Forderungen nach Mafsgabe des Zwangsvergleichs (435). Die Gläubiger, für die der Zwangsvergleich wirksam ist (435). Die Gläubiger, für die der Zwangsvergleich nicht wirksam ist (438). Die Haftung eines Mitschuldners, eines Bürgen oder einer Sache wird durch den Zwangsvergleich nicht berührt (440). Der Zwangsvergleich im Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien begrenzt die Haftung der persönlichen Haftung der Gesellschafter (441). f) Zwangsvergleich im Nachlafskonkurse (442). g) Zwangsvergleich im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (443). h) Der Zwangsvergleich läfst eine natürliche Verbindlichkeit bestehen (443). i) Zwangsvollstreckung auf Grund der Feststellungen und des Zwangsvergleichs (443). 3. Kein Rücktritt von dem Zwangsvergleich wegen Verzugs der Erfüllung (445). 4. Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Betrugs (446). 5. Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts (447). 432

§ 58. 6. Die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens. 1. Antrag auf Wiederaufnahme (449). 2. Die Wirkung der Wiederaufnahme (450). 3. Die zur Teilnahme an dem wieder aufgenommenen Verfahren berechtigten Gläubiger (451). 4. Das Verhältnis des früheren Verfahrens zu dem wieder aufgenommenen Verfahren (452). 448

III. Die Einstellung des Konkursverfahrens.

§ 59. 1. Die Einstellung mit Zustimmung der Konkursgläubiger. 1. Bedeutung der Zustimmung (453). 2. Welche Gläubiger zustimmen

Seite

müssen a) bei Einstellung nach Ablauf der Anmeldefrist (456). b) bei Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist (458). 3. Der Einstellungsantrag und seine Instruktion (458). Die Entscheidung (460). Die Wirkungen der Einstellung (461). 453

§ 60. Die Einstellung wegen ungenügender Konkursmasse. 1. Der Grund der Einstellung (463). 2. Gehör der Gläubigerversammlung (463). 3. Der Einstellungsbeschluſs (464). 463

Sachregister 469

Paragraphen der Konkursordnung 481

Abkürzungen.

Paragraphenziffern ohne Zusatz bezeichnen die Paragraphen der Konkursordnung für das Deutsche Reich in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 R.G.Bl. S. 612.

A.G. = Ausführungsgesetz.
A.M. = Anderer Meinung.
Abw. = Abweichend.
Anf.Ges. = R.G., betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners aufserhalb des Konkursverfahrens, v. 21. Juli 1879, R.G.Bl. S. 277, mit den Änderungen, die sich aus Art. VII des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze betr. Änderungen der Konkursordnung, v. 17. Mai 1898, R.G.Bl. S. 248, ergeben.
Arch. f. Bürg. R. = Archiv für Bürgerliches Recht.
Arch. f. civ. Pr.. = Archiv für die civilistische Praxis.
B.G. = Bundesgesetz, d. i. Gesetz des Norddeutschen Bundes.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
B.G.Bl. = Bundesgesetzblatt.
Bayer. Oberst. L.G. = Bayerisches Oberstes Landesgericht.
Begr. d. Nov. = Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betr. Änderungen der Konkursordnung und eines zugehörigen Einführungsgesetzes, Reichstagsakten 9. Leg.Per. V. Session 1897/98 Nr. 100, S. 21 bis 61.
Beitr. z. E. d. D. R. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot, Rassow, Küntzel).
Bl. f. R.A. = Blätter für Rechtsanwendung.
C.Pr.O. = Civilprozefsordnung für das Deutsche Reich, in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898, R.G.Bl. S. 410.
D. Jur. Zeit. = Deutsche Juristenzeitung.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Reichstagsvorlage.
E.G. nach arabischer Paragraphenziffer = Einführungsgesetz zur Konkursordnung für das Deutsche Reich.
E.G. nach römischer Artikelziffer = Einführungsgesetz zu dem Gesetze betr. Änderungen der Konkursordnung, v. 17. Mai 1898.
E.G. z. B.G.B. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

E.G. z. C.Pr.O. = Einführungsgesetz zur Civilprozefsordnung.
E.G. z. H.G.B. = Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.
Entsch. d. R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entsch. d. R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entw. = Entwurf einer Konkursordnung für das Deutsche Reich, Reichstagsakten 2. Leg.-Per. II. Session 1874 Nr. 200.
Entw. e. G.Sch.O. = Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, Berlin 1873.
Fr.G. = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsharkeit vom 17. Mai 1898.
G.K.G. = Gerichtskostengesetz.
G.Sch.O. = Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, Berlin 1873.
G.V.G. = Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung, vom 20. Mai 1898.
Gen.Ges. = Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898.
Gr.B.O. = Grundbuchordnung v. 24. März 1897.
H.G.B. = Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897.
J.W.Schr. = Juristische Wochenschrift.
K.G. = Kammergericht.
K.O. = Konkursordnung für das Deutsche Reich, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
K.Pr. = Kommissionsprotokolle = Protokolle der (mit der Vorberatung über den Entwurf der Konkursordnung beauftragten) VIII. Kommission des deutschen Reichstags 1875|76.
Komm.Ber. 1898 = Bericht der VI. Kommission des deutschen Reichstags über die Entwürfe eines Gesetzes, betreffend Änderungen der Konkursordnung, sowie eines zugehörigen Einführungsgesetzes, v. 29. März 1898. Reichstagsakten, 9. Leg.-Per. V. Session 1897/98.
Kr. V.J.Schr. = Kritische Vierteljahrsschrift.
L.G. = Landgericht.
Mot. = Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und dem Entwurf eines Einführungsgesetzes, Reichtagsakten, 2. Leg.-Per. II. Session 1874, zu Nr. 200.
Nov. = Entwürfe eines Gesetzes, betr. Änderung der Konkursordnung, sowie eines zugehörigen Einführungsgesetzes, Reichstagsakten, 9. Leg.-Per. V. Session 1897|98 Nr. 100.
O.L.G. = Oberlandesgericht.
O.Tr. = Obertribunal.
R.Anz. = Reichsanzeiger.
R.G. = Reichsgericht.
R.G.Bl. = Reichsgesetzblatt.
R.G Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
R.O.H.G. = Reichs-Oberhandelsgericht.
R.O.H.G.Entsch. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
S.A. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozefs.
Samml. v. Entsch. = Sammlung von Entscheidungen des bayerischen obersten Gerichtshofs in Gegenständen des Civilrechts und des Civilprozesses.
Str.G.B. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Sr.Pr.O. = Strafprozefsordnung für das Deutsche Reich.

W.O. = Allgemeine deutsche Wechselordnung.
Ztschr. f. d. C.Pr. = Zeitschrift für deutschen Civilprozefs.
Ztschr. f. Pr. u. ö. R. = Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht.
Zw.V.G. = Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, v. 24. März 1897.

Berichtigungen.

S. 13 Note 1 Z. 1 von oben ist statt „Litteraturgeschichte“ zu setzen: Litteratur.
S. 63 Z. 2 von oben ist nach „Wundärzte“ einzuschalten: Tierärzte.
S. 109 Text Z. 7 von unten ist statt „Mieter“ zu setzen: Vermieter.
S. 165 Z. 17 von oben ist nach „verantwortlich“ einzuschalten: (§ 89).
S. 233, 234 sind an Stelle der Absatzziffern „7, 8, 9, 10“ die Ziffern 6, 7, 8, 9 zu setzen.
S. 240 § 40 Ziff. 1 Z. 7 von oben ist statt „§ 50“ zu setzen: § 57.
S. 355 Z. 10 v. o. ist statt „§§ 61, 224“ zu setzen: §§ 61, 226.

Einleitung.

§ 1.

Begriff und Wesen des Konkursprozesses.

Konkursprozefs ist das gerichtliche Verfahren zum Zwecke der gleichmäfsigen Befriedigung aller Gläubiger aus dem zur völligen Befriedigung vermutlich nicht ausreichenden Vermögen ihres Schuldners.

Können die Gläubiger aus dem Vermögen ihres Schuldners nicht ganz befriedigt werden, so müssen sie einen Ausfall erleiden. Der Erwägung, dafs es billiger ist, wenn dieser Ausfall auf die Gläubiger verteilt wird, als wenn ein Gläubiger ganz befriedigt wird, während der andere leer ausgeht, verdankt der Konkursprozefs seine Entstehung und seine Berechtigung. Diese Erwägung berührt sich mit dem socialpolitischen Bestreben, einen Schaden durch Versicherung oder durch andere Mafsregeln auf weitere Kreise zu verteilen, um ihn für den Einzelnen zu verringern. Auch der Schaden, der für die Gläubiger dadurch eintritt, dafs das vorhandene Vermögen nicht für alle ausreicht, wird leichter getragen, wenn er alle, als wenn er nur einzelne Gläubiger trifft.

Der Grundgedanke der Gleichmäfsigkeit der Befriedigung wird dadurch nicht berührt, dafs unter den Gläubigern Rangabstufungen bestehen, indem die auf gleicher Stufe stehenden gleichmäfsige Befriedigung erhalten.

Reicht das den Gläubigern haftende Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger aus, so besteht kein Bedürfnis nach dem Konkursverfahren. Damit ist nicht ausgeschlossen, dafs zur Eröffnung

des Verfahrens die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anstatt der Unzulänglichkeit seines Vermögens gefordert oder neben der Unzulänglichkeit für genügend erklärt wird; denn die Zahlungsunfähigkeit macht nicht blofs die Unzulänglichkeit des Vermögens wahrscheinlich, sondern sie ist bereits eine, wenn auch nur zeitweilige, Unzulänglichkeit. Auch die Möglichkeit, dafs in einem Konkursprozesse einmal alle Gläubiger volle Befriedigung erhalten können, darf nicht dagegen eingewendet werden, dafs nur die Unzulänglichkeit der Vermögensmasse das Konkursverfahren rechtfertigt; denn zur Eröffnung des Verfahrens mufs die Wahrscheinlichkeit genügen, dafs das Vermögen unzulänglich ist, weil sich weder der Betrag der Schulden noch der des Vermögens in diesem Stadium mit absoluter Sicherheit berechnen läfst.

Ist der Civilprozefs das gerichtliche Verfahren zum Schutze des verletzten oder gefährdeten Privatrechts durch Feststellung und Zwangsvollstreckung[1], so fällt das Konkursverfahren unter den Begriff des Civilprozesses[2]. Es ist eine Abart des Rechtsschutzverfahrens, die sich gegenüber dem ordentlichen Civilprozesse als eine besondere Prozefsart darstellt[3].

Wie der ordentliche Civilprozefs, so gewährt auch das Konkursverfahren Rechtsschutz durch Feststellung und durch Zwangsvollstreckung.

Die Feststellung erfolgt, soweit kein Widerspruch von einem dazu Berechtigten erhoben wird, durch das Konkursgericht mittels Eintrags in die Tabelle. Diese Feststellung hat heutzutage nicht die Form, wohl aber die Wirkung eines Urteils. Soweit Widerspruch erhoben wird, ist zur Feststellung eine Entscheidung in Urteilsform nötig. Dafs diese Art der Feststellung nach dem modernen Rechte nicht notwendig durch das Konkursgericht, sondern möglicher Weise durch ein anderes Gericht oder eine andere Behörde erfolgt, ändert daran nichts, dafs sie mit dem Konkursprozesse zusammenhängt und einen Bestandteil dieses Prozesses bildet. Die äufserliche Sonderung des Feststellungsverfahrens ist kein Grund, dieses Verfahren als ein begrifflich aufserhalb des Konkursprozesses liegendes zu betrachten.

---

[1] Vgl. Wach, Handb. d. d. C. Pr. R. I § 1.

[2] Abw. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 13 ff.; Endemann, Konkursverfahren S. 3 ff.

[3] Vgl. Wach a. a. O. I § 5 a. E.

Die im Konkursverfahren erfolgende Zwangsvollstreckung hat mit der Zwangsvollstreckung, wie sie im ordentlichen Prozesse erfolgt, die wesentlichen Merkmale gemein. Wie die Zwangsvollstreckung des ordentlichen Prozesses ist die Zwangsvollstreckung im Konkurse die Verwirklichung des festgestellten Rechts durch die Gerichtsbehörde. Sie ist Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung, da im Konkurs alle Forderungen als Geldforderungen geltend zu machen sind, damit die einheitliche Vollstreckung möglich ist. Mit der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, wie sie im ordentlichen Prozefs erfolgt, stimmt die Vollstreckung im Konkurs in den Grundzügen überein. Von jener unterscheidet sie sich dadurch, dafs sie das Vermögen als Ganzes erfafst, während die Vollstreckung des o. Civilprozesses einzelne Vermögensstücke ergreift, und dadurch, dafs sie zu Gunsten aller in einem gewissen Zeitpunkt vorhandener Gläubiger erfolgt, während die Vollstreckung des o. Prozesses für den einzelnen Gläubiger bethätigt wird. Die Vollstreckung im Konkurs ist Universalexekution im Gegensatze zur Specialexekution des ordentlichen Prozesses.

Eigenartig ist die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung auch darin, dafs sie nicht blofs, wie die Vollstreckung des ordentlichen Prozesses, auf Verlangen eines Gläubigers, sondern auch auf Verlangen des Schuldners, ja nach verschiedenen älteren Rechten auch von Amtswegen, eingeleitet werden kann. Aber auch blofs eingeleitet; durchgeführt kann das Verfahren nur werden, wenn Gläubiger die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung begehren, was sie durch ihre Beteiligung am Konkurse zum Ausdrucke bringen[4].

Wie bei allen besonderen Prozefsarten, so finden auch im Konkursverfahren die Regeln des ordentlichen Civilprozesses insoweit Anwendung, als sie nicht durch besondere Regeln über das Konkursverfahren aufser Kraft gesetzt sind.

Die besonderen Regeln über das Konkursverfahren kann man als das Konkursprozefsrecht im engeren Sinne bezeichnen. Im weiteren Sinne Konkursprozefsrecht sind auch die Rechtssätze des ordentlichen Prozesses, die im Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden.

---

[4] Daher Einstellung, wenn sich kein Gläubiger meldet; arg. K.O. § 202 Abs. 1.

Wie in jedem Prozefsgesetze Bestimmungen vorkommen, die in das materielle Recht übergreifen, so auch im Konkursprozefsrechte. Weil im Konkursverfahren insbesondere die Zwangsvollstreckung abweichend vom ordentlichen Prozesse geregelt ist und weil die Regelung der Zwangsvollstreckung mehr noch als die des Feststellungsverfahrens Anlafs zur Aufstellung solcher in das materielle Recht übergreifender Bestimmungen giebt, müssen Bestimmungen solcher Art in jedem Konkursgesetze verhältnismäfsig viele vorkommen. Sie als materielles Konkursrecht von dem Konkursprozefsrechte zu trennen, ist aber schwerlich zu rechtfertigen und in einer systematischen Darstellung nicht wohl durchzuführen.

Die geschichtliche Entwickelung des Konkursprozesses.

Das in Deutschland geltende Konkursprozefsrecht ist teils aus dem früheren gemeinen deutschen, teils aus dem französischen Recht herausgewachsen. Auch deutsches Partikularrecht, das teils auf das gemeine, teils auf das französische Recht zurückzuführen ist, war für das moderne Recht von Bedeutung[5].

Das gemeine Recht stammt teilweise aus dem römisch-italienischen, teilweise aus dem altdeutschen Recht.

§ 2.

1. Das römische Recht.

Von dessen Einrichtungen sind die missio rei servandae causa samt dem sich anreihenden Verfahren und die cessio bonorum zufolge der Rezeption des römisch-italienischen Rechts für den gemeinen deutschen Konkursprozefs bedeutsam geworden.

Die missio wird dem Gläubiger von der Gerichtsbehörde gegen den Schuldner erteilt, der verurteilt ist oder einem Verurteilten gleichsteht. Der Gläubiger hat die Erteilung der missio durch Anschlag öffentlich bekannt zu machen (bonorum proscriptio),

---

[5] Über die noch wenig bearbeitete Geschichte des Konkursprozesses vgl. H. v. Bayer, Theorie des Concursprozesses (4) S. 8 ff.; C. Fuchs, Beitr. z. Civilprozefs, 2. Heft: das Concursverfahren S. 5 ff.; L. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm. d. deutschen Konkursrechts I S. 2—76; W. Endemann, Die Entwicklung des Konkursverfahrens, Ztschr. f. d. C.Pr. XII S. 24 ff.; derselbe, Das deutsche Konkursverfahren S. 5 ff.; O. Stobbe, Zur Gesch. d. älteren deutschen Konkursverfahrens; Kohler, Lehrb. des Konkursrechts S. 3 ff.

damit andere Gläubiger sich an dem Verfahren beteiligen können[1]. Auf Grund der missio kann nicht blofs der Gesuchsteller, sondern jeder Gläubiger den Besitz der dem Schuldner gehörigen Gegenstände ergreifen[2]. Der Besitz ist „custodia", nicht Eigenbesitz; er ist nicht durch Interdikte geschützt[3]. Die Besitzergreifung eines Gläubigers kommt den anderen zu gut[4], denn das Verfahren läuft in eine Vollstreckung für alle Gläubiger aus. Den Gläubigern steht die Verwaltung des Vermögens und ein prätorisches Pfandrecht daran zu[5].

Sind dreifsig Tage nach Erteilung der missio verflossen, ohne dafs der Schuldner die Aufhebung erwirkte, so können die Gläubiger nach dem Rechte der klassischen Zeit die Erlaubnis der Gerichtsbehörde zur Wahl eines magister nachsuchen. Dieser veräufsert nach Ablauf bestimmter Fristen das Vermögen als Ganzes auf Grund der leges venditionis an einen bonorum emptor, der die Verpflichtung übernimmt, alle Gläubiger mit einer gewissen Rate zu befriedigen. Der bonorum emptor wird nach prätorischem Recht als Gesamtrechtsnachfolger des Schuldners behandelt[6]; als solcher kann er von den Gläubigern belangt werden und die dem Schuldner zustehenden Rechte geltend machen.

Ein Senatsbeschlufs, dessen Zeit nicht näher zu bestimmen ist, als dafs er schon dem Gaius bekannt war, liefs anstatt des Gesamtverkaufs (bonorum venditio) den Einzelverkauf (distractio bonorum) durch einen curator zu, wenn der Schuldner eine persona clara ist[7]. Diese Art der Veräufserung, die dem Schuldner die mit der bonorum venditio verbundene Minderung der bürgerlichen Ehre erspart, wurde später allgemein üblich, die bonorum venditio kam aufser Gebrauch[8]. Der curator oder die curatores werden auf Ansuchen der Gläubiger von der Gerichtsobrigkeit aufgestellt[9]. Als die bonorum venditio noch nicht abgekommen war, hatten die

---

[1] Belege s. bei Bethmann-Hollweg, Civilprozefs II S. 677.

[2] l. 12 D. de reb. auct. jud. 42,5.

[3] l. 3 § 23, l. 10 § 1 D. de a. v. a. p. 41,2; l. 3 § 8 D. uti poss. 43,17, l. 12 quib. ex caus. 42,4.

[4] l. 5 § 2 D. ut in poss. leg. 36,4.

[5] Die Belege für das Pfandrecht s. bei L. Seuffert a. a. O. S. 21—47.

[6] Belege s. bei Keller, röm. C.Pr. (6) S. 443.

[7] l. 5, 9 D. de cur. fur. 27, 10; cf. l. 9 § 3 D. de reb. auct. jud. 42, 5.

[8] l. tit. de successionibus subl. 3, 12; Theophil. ad h. l.; dazu Ubbelohde, Über das Verhältnis der bon. vend. zum ordo iud. (1890).

[9] l. 5 D. de cur. fur. 27,10; l. 2 pr. D. de cur. bon. dando 42, 7.

Gläubiger die Wahl zwischen dieser und dem Antrag auf Aufstellung eines curator; zu diesem Antrage war die Zustimmung der Gläubigermehrheit erforderlich[10]. Der curator kann die dem Schuldner zustehenden actiones als utiles anstellen und es können actiones, die das verwaltete Vermögen betreffen, gegen ihn als utiles angestellt werden[11]. Ob nach dem Verschwinden der bonorum venditio ein curator aufgestellt werden mufste oder ob die Gläubiger auch den Verkauf selbst besorgen konnten, ist zweifelhaft[12].

Justinian hat das Verfahren nicht wesentlich umgestaltet; er hat die alten Sätze in seine Rechtsbücher übernommen und durch eine Verordnung v. 532[13] ergänzt. Darin bestimmt er insbesondere, dafs Gläubiger, die die missio nicht nachgesucht haben, sich an dem Verfahren beteiligen können, indem sie innerhalb einer von der missio laufenden Ausschlufsfrist von zwei Jahren, wenn sie in derselben provincia wohnen, oder von vier Jahren, wenn sie aufserhalb wohnen, ihre Forderungen nachweisen. Wie dieser Nachweis zu führen ist, ist nicht gesagt. Zu vermuten ist, dafs sie die immittierten Gläubiger zu verklagen haben, wenn diese ihre Forderungen bestreiten[14]. Ob die Verteilung des Erlöses unter Mitwirkung des Gerichts oder ohne solche durch den curator oder die Gläubiger selbst erfolgte, ist aus den Quellen nicht zu ersehen.

Nach einer lex Julia kann der Schuldner durch die Erklärung, dafs er sein gesamtes Vermögen seinen Gläubigern überlasse (cessio bonorum), der Schuldhaft und der Minderung der bürgerlichen Ehre, die mit dem Vollstreckungsverfahren verbunden waren, entgehen[15] und das beneficium competentiae gegenüber den Gläubigern, deren Forderungen vor der bonorum cessio entstanden sind, erlangen[16]. Ob die cessio bonorum blofs vor oder auch nach Er-

[10] l. 1, l. 2 pr. D. eod. 42, 7.

[11] l. 2 § 1 D. eod. 42, 7.

[12] Dazu vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 16.

[13] l. 10 C. de bon. auct. iud. 7, 72.

[14] Dafür dürfte aus l. 15 C. de non num. pec. 4, 30 einiger Beweis zu entnehmen sein.

[15] Gai. III §§ 78, 79; l. 1, 4 C. qui bonis ced. poss. 7, 71; l. 11 C. de causis ex quib. inf. 2, 11. Erklärung durch Boten oder Brief: l. 9 D. (Marcian.) de cess. bon. 42, 3. Formlosigkeit der Erklärung: l. 6 C. qui bon. ced. poss. 7, 71. Früher wird wohl gerichtliche Erklärung nötig gewesen sein.

[16] Gai. III 78, 79, l. 4 § 1 D. de cess. bon. 42, 3; l. 3 C. de bon. auct. iud. 7, 72; § 40 J. de act. 4, 6.

teilung der missio möglich war, ist unsicher. Auf Grund der cessio erfolgte die Einweisung der Gläubiger in den Besitz mit öffentlicher Bekanntmachung und der Verkauf der bona, ursprünglich als bonorum venditio, später als distractio bonorum. Die Annahme, dafs der Schuldner, welcher den Verfall seines Vermögens böswillig oder leichtsinnig herbeiführte, von der cessio bonorum ausgeschlossen sei, ist aus den römischen Quellen nicht zu begründen. Eine Verordnung Justinians, die unglossierte Nov. 135, verbietet den Beamten, die Schuldner zur bonorum cessio zu zwingen; der Schuldner soll aber schwören, dafs er kein Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger habe.

§ 3.

2. Das italienische Recht.

Im Mittelalter entwickelte sich aus der langobardischen Privatpfändung der gerichtliche Arrest[1]. Bei einseitigem Nachweise der Forderung und einer causa arresti konnte der Gläubiger gegen den Schuldner ein Arrestmandat erhalten. Auf Grund eines solchen Mandats durfte der Gläubiger mit der Vollstreckung gegen die Person des Schuldners oder gegen dessen Vermögen beginnen. Der Arrest auf das Vermögen kam in zwiefacher Gestalt vor, als Arrest auf einzelne Vermögensstücke und als Arrest auf das gesamte Vermögen (Generalarrest). Generalarrest wurde gegen den flüchtigen Schuldner verhängt. Flüchtig pflegt der Schuldner zu gehen, der seine Gläubiger nicht befriedigen kann. So kam es, dafs der Arrest in seiner Gestalt als ein das ganze Vermögen ergreifender Sicherungsarrest zumeist gegen zahlungsunfähige Schuldner verhängt wurde. Stellt sich der Schuldner nach der Arrestierung seines Vermögens nicht — und das wird bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Regel gewesen sein — so geht die Arrestbeschlagnahme in die Exekution über.

Die Vollziehung des Arrestes geschah in älterer Zeit durch den Gläubiger, der das Arrestmandat erwirkt hatte, in späterer Zeit durch die Organe des Gerichts[2]. Bewegliche Habe wurde durch den Gerichtsdiener weggenommen und entweder in die öffentliche Pfandkammer abgeliefert oder bei einem Dritten in Verwahrung gegeben. Forderungen wurden arrestiert durch

---

[1] Vgl. A. Wach, Arrestprozefs 1. Teil, der ital. Arrestprozefs §§ 1—10.
[2] Wach a. a. O. S. 157, 162.

Zahlungsverbot an den Drittschuldner. Unbewegliches Vermögen wurde sequestriert[3].

Diese Beschlagnahme haben die Glossatoren und die Postglossatoren mit der römischen missio in possessionem identifiziert, wobei sie wieder die verschiedenen Arten der römischen missio, insbesondere die missio gegen denjenigen qui fraudationis causa latitat, die missio gegen den indefensus und die missio gegen den iudicatus, miteinander vermengten[4].

So wurde unter der Einwirkung des Arrestprozesses aus der missio in bona die gerichtliche Beschlagnahme des ganzen Vermögens des zahlungsunfähigen Schuldners, während aus dem römischen Rechte der Gedanke, dafs die missio für alle Gläubiger wirke und dafs die Veräufserung zur verhältnismäfsigen Befriedigung aller (nicht privilegierten) Gläubiger führe, auf den an Stelle der missio getretenen Generalarrest übertragen wurde. Aus dem römischen Recht dürfte man auch die Bestellung eines curator entnommen haben, der dann, wenn der Arrest in das Vollstreckungsverfahren überging, die Veräufserung der einzelnen Gegenstände und die Verteilung an die Gläubiger zu besorgen hatte; eventuell wurden die beschlagnahmten Gegenstände den Gläubigern an Zahlungsstatt überwiesen. Die Rangverhältnisse der Gläubiger wurden vom Gericht festgestellt[5].

Die cessio bonorum des römischen Rechts wurde in Italien gewohnheitsrechtlich oder durch statutarische Vorschriften mit Formalitäten verknüpft, die für den Schuldner beschämend waren[6]; in einzelnen Städten wurde sie ganz verboten[7]. Bei Überlassung des gesamten Vermögens an die Gläubiger mufste der Schuldner ein Inventar herstellen; aber eine Beschlagnahme scheint nicht stattgefunden zu haben. Es wird ein curator ernannt, der das Vermögen verwaltet und veräufsert und den Erlös unter die Gläubiger verteilt[8].

---

[3] Wach a. a. O. S. 162.

[4] Belege für diese Vermengungen bietet Durandus, Specul. iud. IX lib. II pars 1 de primo decreto und de secundo decreto in reichlicher Auswahl.

[5] Vgl. Durandus, Spec. lib. II. part. 1 de secundo decreto § 2 nr. 8, 9.

[6] Belege bei Fuchs a. a. O. S. 12 N. 1, Wach Ztschr. f. RG. VII S. 449 ff., Lattes, Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane S. 314 N. 11, Pertile, Storia del diritto italiano VI S. 880.

[7] Z. B. in Genua und in Pistoja nach Brunus, De cessione bonorum qu. 20 nr. 4.

[8] Durandus, Spec. lib. I part. 1 de off. iud. § 2 nr. 12, Brunus l. c. qu. 18.

Über den Verlauf des gerichtlichen Verfahrens ist aus den gemeinrechtlichen Quellen nicht viel zu entnehmen[9]. Das Bild läßt sich aber aus den italienischen Stadtrechten, in denen sich die Bildungen des Gewohnheitsrechts niederschlagen, einigermaßen ergänzen[10].

Das Verfahren war im Verhältnis zu dem ordentlichen Prozeß vereinfacht und beschleunigt; es konnten nur liquide Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht werden (summaria cognitio)[11].

Ergreifen die Gläubiger die Initiative, so wird der Schuldner geladen. Erscheint er nicht, so wird der Generalarrest über sein Vermögen verhängt, gewöhnlich auch die Verhaftung des Schuldners angeordnet. Folgt der Schuldner der Ladung, so wird mit ihm verhandelt. Bekennt er sich als zahlungsunfähig, so kann es entweder zur cessio bonorum oder wieder zum Generalarrest kommen. Bestreitet der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, so hat er seine Gläubiger zu befriedigen.

Die Initiative des Schuldners besteht in der cessio bonorum.

Das Falliment wird vom Gericht bekannt gemacht. Die Gläubiger werden aufgefordert, ihre Forderungen binnen einer Ausschlußfrist anzumelden und zu beweisen[12]. Mehrfach wird von den Gläubigern auch die eidliche Erhärtung der Forderungen verlangt[13].

Mit der Bekanntmachung des Falliments verliert der Schuldner die Verfügung über sein Vermögen[14]. Die Gläubiger oder das Gericht auf Antrag der Gläubiger erwählen einen curator oder syndicus, der unter der Aufsicht des Gerichts die Verwaltung und Veräußerung des Vermögens sowie die Verteilung des Erlöses be-

---

[9] Auch nicht aus dem oft citierten Tractatus de decoctoribus sive conturbatoribus von Benv. Straccha, einem Teile des berühmten Werkes, De mercatura.

[10] Vgl. zu dem Folgenden Lattes a. a. O. S. 308 ff., Pertile a. a. O. S. 878 ff.

[11] Belege bei Lattes S. 318 N. 20.

[12] Belege bei Lattes S. 338 N. 36, S. 340 N. 1—3, Pertile S. 887 N. 57. Die Bekanntmachung heißt crida, proclama.

[13] Belege bei Lattes S. 340 N. 2, S. 341 N. 3, Pertile S. 889 N. 64.

[14] Manchmal wird damit der sog. offene Arrest verbunden, Belege s. Pertile S. 889 N. 65.

sorgt[15]. Rangstreitigkeiten unter den Gläubigern erledigt das Konkursgericht[16].

Sehr stark tritt in den Stadtrechten das Bestreben hervor, den Konkurs durch Vergleich zu erledigen[17]. Die Verhandlungen darüber finden unter gerichtlicher Leitung statt. Während die gemeinrechtlichen Juristen, abgesehen vom Falle der Überschuldung eines Nachlasses, die Zustimmung aller Gläubiger zum Vergleich verlangen[18], begnügt man sich in den Statuten vielfach mit der Zustimmung einer (sich zwischen $^{3}/_{5}$ und $^{7}/_{8}$ bewegenden) Mehrheit der Gläubiger[19].

Als die hauptsächlichsten Neuerungen, die das Konkursverfahren in Italien verglichen mit dem römischen Missionsverfahren aufweist, ergeben sich hiernach:

1. die gerichtliche Beschlagnahme des Vermögens des Schuldners,
2. die gerichtliche Bekanntmachung des Falliments und die öffentliche Aufforderung der Gläubiger, binnen einer Ausschlufsfrist ihre Forderungen bei dem Gerichte anzumelden und zu erweisen,
3. die summarische Kognition über diese Forderungen,
4. die Begünstigung des Vergleichs.

§ 4.

3. Das deutsche Recht bis zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts.

Einen Konkursprozefs im modernen Sinne kannte man bis zur Rezeption des fremden Rechts in Deutschland nicht[1]. Aber es gab einen Arrestprozefs, das vorsorgliche Zwangsverfahren[2], der bei der Rezeption mit dem fremden Rechte verschmolzen und daher zur Geschichte des Konkursprozesses heranzuziehen ist[3].

---

[15] Belege s. bei Pertile S. 892 N. 80, 81. In Venedig hiefs der curator „capo dei creditori".

[16] Über die Klassifizierung der Gläubiger in den verschiedenen Stadtrechten vgl. Pertile S. 899 ff.

[17] Belege s. bei Pertile S. 898 ff., Lattes S. 345, 347 f. N. 1—9.

[18] Z. B. Straccha, De decoctoribus 4, 13.

[19] Belege s. Pertile S. 895 f.

[1] Über konkursartiges Verfahren nach nordgermanischen Rechten s. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 137, 158, 500 ff., II S. 477 ff., 604 ff.

[2] Über dieses Verfahren s. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II §§ 148—152; ferner Meibom, Das deutsche Pfandrecht S. 147.

[3] Der Zusammenhang des späteren Konkursprozesses mit dem altdeutschen Arrestprozefs ist auch von Fr. Wyfs, Geschichte des Concursprozesses der

Das Verfahren bezweckt die Sicherung der Rechte des Gläubigers durch Verhaftung des Schuldners und durch Vermögensbeschlagnahme. Es setzt Gefährdung des Gläubigers voraus. Fremde und Gäste werden als unsichere Schuldner behandelt, Einheimische, wenn sie der Flucht verdächtig sind[4]. Der Flucht verdächtig ist der zahlungsunfähige Schuldner, weil zu besorgen ist, dafs er sich der ihm drohenden Schuldknechtschaft durch die Flucht entziehe.

Um gegen die Person oder gegen das Vermögen des unsicheren Schuldners vorzugehen, bedarf der Gläubiger, der noch kein Urteil erwirkt hat, regelmäfsig einer gerichtlichen Anordnung des Arrestes. Zur Vollziehung ist die Mitwirkung des Fronboten erforderlich. Ist der Richter zur Anordnung des Arrestes nicht zu haben, so ist nach Stadtrecht auch Vorgehen ohne gerichtliche Anordnung unter Zuziehung des Fronboten, im Notfalle auch ohne diesen mit Zuziehung von Zeugen zulässig[5].

Die Vollziehung des Arrests erfolgt in ähnlicher Weise, wie die Vollziehung des Urteils. Der Schuldner wird verhaftet. Fahrende Habe wird in gerichtliche Verwahrung genommen oder auch dem Gläubiger ausgeantwortet[6]. Solche im Besitz eines Dritten wird mit dem Verbote der Herausgabe an den Schuldner bestrickt. In Bezug auf Forderungen wird dem Drittschuldner ein Zahlungsverbot zugestellt. Unbewegliches Vermögen wird besetzt, d. h. es wird dem Schuldner jede Verfügung verboten. Die dem Verbot zuwider laufende Verfügung ist unwirksam. In derselben Weise kann das gesamte Hab und Gut des Schuldners besetzt werden[7].

Der Gläubiger, der eine derartige Mafsregel vorsorglichen Zwangs durchgesetzt hat, mufs die Sache unverzüglich vor Gericht weiter betreiben, indem er seine Forderung gerichtlich feststellen läfst. Mit dem Ausgange des begonnenen Rechtsstreits wird die Sicherungsmafsregel entweder hinfällig oder in eine Mafsregel zum Zwecke der Erfüllung umgewandelt[8].

Stadt und Landschaft Zürich, und von A. Heusler in der Abh. Die Bildung des Konkursprozesses Zeitschr. f. schweiz. Recht VII S. 117 ff. dargelegt.

[4] Vgl. Meibom S. 157 f.

[5] Vgl. Planck S. 379 f.

[6] Vgl. Meibom S. 168 f., Planck S. 380 ff.

[7] Vgl. Planck S. 384 f., Meibom S. 168.

[8] Näheres über den Gang des Verfahrens s. bei Planck S. 390—400, wo insbesondere hervortritt, dafs die gerichtliche Besetzung die Stelle einer freiwilligen Satzung vertritt, wenn man des Schuldners nicht habhaft werden kann, und dafs dem Gläubiger, wenn der Schuldner sich nicht stellt, das Gut gerichtlich zugesprochen wird; er „wird des Gutes geweldigt", womit die Gewere auf den Gläubiger übergeht.

Haben mehrere Gläubiger Maſsregeln des vorsorglichen Zwangs gegen denselben Schuldner erwirkt, so hat derjenige, welcher zuerst gegen die Person oder gegen das Vermögen des Schuldners vorgegangen ist, den Vorrang; nach ihm werden die Gläubiger, die spätere Besetzung erwirkten, nach der Reihenfolge der Besetzung befriedigt. Erst seit der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts findet sich in gröſseren Handelsstädten, und zwar im Norden früher als im Süden, die gleichheitliche Befriedigung der Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen ohne Rücksicht auf die Priorität der Besetzung, wenn der Schuldner gestorben oder flüchtig ist[9]. Ob diese Neuerung unter dem Einflusse des italienischen Rechts oder originär aus naheliegenden Billigkeitsrücksichten entstand, läſst sich nicht entscheiden[10]. Sicher ist, daſs sie in Deutschland nur ganz allmählich durchdrang.

Eine öffentliche Bekanntmachung der Insolvenz und die Aufforderung aller Gläubiger zur Beteiligung an dem von einem Gläubiger eingeleiteten Verfahren hat in Deutschland vor der Rezeption des fremden Rechts nicht stattgefunden[11].

§ 5.

4. Das gemeine Recht.

Mit dem in Deutschland einheimischen vorsorglichen Zwangsverfahren wurde im 15. und 16. Jahrhundert das römisch-italienische Fallimentsverfahren in Verbindung gesetzt. Aus dieser Verbindung, in der das fremde Recht die Oberhand hatte, entwickelte sich in der Praxis der deutschen Gerichte ein Konkursverfahren, dessen Regeln insoweit, als sie für die deutschen Gerichte insgesamt oder doch in Ermangelung partikulärer Satzungen oder Gewohnheiten subsidiär galten, als gemeines deutsches Recht bezeichnet werden dürfen. Die Reichsgesetzgebung hat in diese Rechtsbildung nicht eingegriffen. Die juristische Doktrin hat sie beeinfluſst, aber schwerlich in stärkerem Maſse, als andere Rechtsbildungen auch.

---

[9] Vgl. Meibom S. 455, Planck S. 400, A. Heusler S. 128, Stobbe S. 16 ff. — Der neue Modus heiſst in den niederdeutschen Quellen Verteilung nach marketal. Er erscheint zuerst im Soester, dann im Lübischen und Hamburger Recht. Nachweise bei Stobbe a. a. O. N. 20.

[10] Vgl. Stobbe S. 20 f., L. Seuffert Kr.V.Schr. N. F. XIII, S. 97.

[11] Sie finden sich zuerst in der Nürnb. Ref. v. 1564 XII, 2 §§ 2, 8, dann in der Frankf. Ref. v. 1578 I 48 §§ 3 ff.

Die Kenntnis des gemeinrechtlichen Verfahrens ist in erster Linie aus der theoretischen Litteratur[1], in zweiter aus den partikularrechtlichen Kodifikationen[2] zu schöpfen. Daraus ergiebt sich folgendes Bild.

[1] Eine Geschichte dieser Litteraturgeschichte giebt W. Endemann Ztschr. f. d. C.Pr. XII S. 50 ff. In der deutschen Litteratur ist das Werk des Spaniers Franc. Salgado de Samoza, Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam, vielfach benutzt; aber sein Einfluſs auf die Gestaltung des Verfahrens in Deutschland ist von älteren und von neueren Schriftstellern überschätzt worden. Das am 2. Januar 1645 abgeschlossene, in zahlreichen Drucken vorliegende Werk behandelt den durch die cessio bonorum von dem Gemeinschuldner veranlaſsten Konkurs (P. 1, c. 1 nr. 4). Es enthält keine vollständige Darstellung des Verfahrens, aber eine Masse von Einzelheiten, darunter manche, die für die deutschen Verhältnisse belanglos sind (so z. B. die weitläufigen Erörterungen über das spanische Majorat). Der Verf. benutzt die italienische Litteratur in ausgiebiger Weise. — Aus der gemeinrechtlichen Litteratur sind hervorzuheben: J. Brunnemann, De processu concursus creditorum praelectiones publicae, nach dessen Tod mit Zusätzen herausgegeben von Sam. Stryk, 1688 u. 1693. — J. F. Ludovici, Einleitung zum Concurs-Prozeſs, 1709 und später. — J. Claproth, Der Concursprozeſs in „Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse“ 1777 und später. — C. C. Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger 1792—1795, dann neubearbeitet 1801. — N. Th. Gönner, Handb. d. d. gem. Prozesses Bd. IV Abh. 82, 1801 u. 1818. — A. S. Kori, System des Concursprozesses 1807 und 1828. — A. Schweppe, System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinen in Teutschland geltenden Rechte 1812 und 1824. — C. F. Reinhardt, Die Lehre vom Gannt und Ganntverfahren nach röm., gem. und Württemb. Recht 1819. — W. H. Puchta, Über den Concursprozeſs, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung 1827. — H. Bayer, Theorie des Concursprozesses nach gemeinem Rechte 1836 und später, 4. Ausg. 2. Abdr. 1868. — C. Fuchs, Das Concursverfahren (Beitr. z. Civ.Proz. 2. Heft) 1863. Auſserdem ist der Konkursprozeſs in den Lehr- oder Handbüchern des C.Pr. von Linde, Schmid, Endemann u. A. mehr oder weniger ausführlich dargestellt.

[2] Die wichtigeren dieser Kodifikationen sind: die Nürnb. Reformation v. 1564 Tit. XII, die Frankfurter Reformation v. 1578 I Tit. 50, das Hamb. Stadtrecht v. 1603 I Tit. 43, der bayer. Gant-Prozeſs v. 1616, die sächs. Prozeſsordnung von 1622, die preuſs. Hypotheken- und Concursordnung von 1722, der Codex juris Bavarici judiciarii von 1753, cap. XIX (dazu die Prioritäts-Ordnung v. 1. Juni 1822), die Hamburger Neue Fallitenordnung vom 31. August 1753 (besonders für die Ausbildung des Accordverfahrens bedeutsam); das Corpus juris Fridericianum v. 1783 Th. IV Tit. 12; die preuſs. Allg. Ger.-Ordn. v. 1793 Th. I Tit. 50; die oldenburg. Hypotheken-, Concurs- und Vergantungsordnung v. 11. Okt. 1814 Abschn. 2; die braunschw. Civ.-Proz.-Ordn. v. 19. März 1830 §§ 304 ff.; die Bremische Verordn. f. Debit und Nachlaſssachen v. 24. Mai 1843; die hann. Bürg. Pr.-O. v. 8. Nov. 1850 Th. 6 §§ 604 ff.; die nass. Verordn. über den Exekutiv- und Konkursprozeſs

Die Konkurseröffnung erfolgte mit einem decretum de aperiundo concursu. Dieses Dekret vertrat die Stelle des früheren Dekrets, das den Generalarrest über das Vermögen des Schuldners verhängte. Die Umwandlung hängt mit der Einführung der cessio bonorum zusammen.

Dem decretum de aperiundo concursu ging ein vorbereitendes Verfahren (präparatorisches oder Präliminarverfahren) voran. In diesem Verfahren wurde untersucht, ob die Voraussetzungen des Konkurses, insbesondere Insolvenz des Gemeinschuldners und eine Gläubigermehrheit vorhanden seien. Anfänglich beschränkte man sich darauf, die den Konkurs verlangenden Gläubiger ihre Forderungen und die Insolvenz des Schuldners eidlich bekräftigen zu lassen, wie dies beim Antrage auf Generalarrest gebräuchlich war. Seit dem 18. Jahrhundert beginnen die Gerichte den Vermögensstand des Schuldners inquisitorisch zu ermitteln. Auch das dürfte mit der Übernahme der cessio bonorum aus dem fremden Rechte zusammenhängen. Die cessio bonorum, die sich nur allmählich in Deutschland einbürgerte, behandelte man als einen vom Schuldner ausgehenden Antrag auf Eröffnung des Verfahrens. Über die Bewilligung der cessio wurde ursprünglich wie in Italien mit den Gläubigern in einem Termin verhandelt. Später nahm man von einem solchen Termine Umgang und untersuchte von Amtswegen, ob die Vermögenslage die Bewilligung der cessio rechtfertige. Die inquisitorische Untersuchung wurde dann auf den Fall übertragen, wo ein Gläubiger den Anstofs zum Verfahren gab.

War man einmal bei einer inquisitorischen Untersuchung des Vermögensstandes angelangt, so lag es nahe, einen Schritt weiter zu gehen und den Konkurs selbst ohne Antrag von Amtswegen zu eröffnen, wenn das Gericht aus seiner Amtsthätigkeit Kunde von dem Vorhandensein der Konkursvoraussetzungen erhalten hatte und die Eröffnung für zweckmäfsig hielt. Dies geschah insbesondere, wenn es sich um eine noch nicht angetretene Erbschaft handelte, ferner wenn der Schuldner flüchtig war. Aber auch in anderen

v. 28. Sept. 1859; die Lüb. Concursordnung v. 17. Sept. 1862 mit Nachträgen v. 12. Nov. 1866 u. 1. Okt. 1868; die bad. Pr.O. v. 18. März 1864 Tit. XXXV. — Die von dem französischen Konkursrechte beeinflufsten neueren Konkursgesetze sind unten im Anschlusse an das franz. Recht erwähnt. Eine vollständige Übersicht des Konkursprozefsrechts, das in Deutschland vor der Einführung der Reichs-Konkursordnung galt, giebt der dem Reichstag vorgelegte Anlagenband zu den Motiven des Entwurfs einer Konkursordnung (Deutscher Reichstag 2. Leg.-Per. II. Session 1874 zu Nr. 200).

Fällen erachtete man, wenn auch nicht ohne Widerspruch der Doktrin, für zulässig, den Konkurs ohne Antrag zu eröffnen, wenn das Gericht die Überschuldung eines Gerichtsangehörigen wahrnahm[3]. Erst in dem 19. Jahrhundert kehrte die gemeinrechtliche Praxis und mehrfach auch die Partikulargesetzgebung[4] zu der Anschauung zurück, dafs zur Eröffnung des Konkurses der Antrag eines Gläubigers oder des Schuldners erforderlich sei. Einen Antrag des Schuldners aber fand man in dessen Insolvenzanzeige, mochte damit die cessio bonorum verbunden sein oder nicht.

Während des vorbereitenden Verfahrens können Sicherungsmafsregeln zur Erhaltung des Vermögens des Schuldners getroffen werden.

Ergiebt das vorbereitende Verfahren, dafs die Eröffnung des Konkurses nicht veranlafst ist, so wird es eingestellt und der Antrag zurückgewiesen. Die provisorischen Sicherungsmafsregeln kommen in Wegfall.

Wird die Konkurseröffnung beschlossen, so wird das gesamte Vermögen des Schuldners arrestiert, und zwar auch, wenn cessio bonorum stattfand. Weil der Schuldner von diesem Zeitpunkte an die Verfügung über sein Vermögen verliert, wird sofort ein Kurator ernannt, der die Verwaltung des Vermögens übernimmt. Dieser Kurator wird aber nur provisorisch berufen. Der definitive Kurator wird von den Gläubigern gewählt. Er wird allgemein als Organ der Gläubigerschaft betrachtet.

Das decretum de aperiundo concursu kann von dem Schuldner mit Berufung und Oberberufung angefochten werden.

Bei der Eröffnung des Verfahrens wird das Liquidationsverfahren eingeleitet. Es bezweckt die Feststellung der zur Zeit der Eröffnung vorhandenen Schulden. Die Gläubiger werden durch ein öffentlich bekannt gemachtes, wohl auch den gerichtsbekannten Gläubigern zugestelltes Dekret von der Eröffnung des Konkurses benachrichtigt und aufgefordert, ihre Forderungen bis zu oder in einem bestimmten Termine bei Meidung des Ausschlusses bei dem Gerichte, wo der Konkurs eröffnet war, zu liquidieren. Die präklusivische Wirkung der Frist und des Termins kann nur durch restitutio in integrum beseitigt werden. Zur Liquidation sind auch die Hypothekengläubiger genötigt, nicht aber die Faustpfandgläubiger. Ob auch diejenigen, welche einen ding-

[3] Vgl. Endemann Ztschr. f. d. C.Pr. XII S. 71.

[4] Vgl. z. B. das bayer. Ger.-Org.-Ges. v. 1. Juli 1856 Art. 16 Abs. 5.

lichen Anspruch auf Aussonderung einer Sache aus dem Vermögen des Schuldners hatten — die sog. Vindikanten — zur Liquidation bei Meidung des Ausschlusses gehalten seien, war streitig; es überwiegt die Ansicht, dafs sie nicht an den Termin gebunden sind.

Die Liquidation wird als eine gegen den Schuldner erhobene Klage angesehen. Da der Konkursprozefs als summarischer Prozefs behandelt wird, wird Bescheinigung der Forderung verlangt.

Nach dem Liquidationstermin wird ein zweiter Termin ad excipiendum bestimmt. In diesem Termine kann der Schuldner und jeder einzelne Gläubiger eine angemeldete Forderung bestreiten. Häufig wird ein contradictor aufgestellt, der verpflichtet ist, die Bestreitung für den Schuldner und die Gläubiger durchzuführen.

Während die im Exceptionstermine nicht bestrittenen Forderungen vorderhand beruhen bleiben, ergiebt sich für die bestrittenen die Notwendigkeit eines Feststellungsverfahrens. Die Feststellung erfolgt durch das Konkursgericht entweder in Einzelprozessen zwischen den Gläubigern und den Excipienten oder in einem gemeinsamen, alle bestrittenen Forderungen umfassenden Verfahren. Jenes war in älterer, dieses in neuerer Zeit gebräuchlich. Wurde gemeinsam verhandelt, so wurde über die bestrittenen Forderungen auch gemeinsam entschieden.

In dem Konkurs mufs ferner die Reihenfolge festgestellt werden, in welcher die angemeldeten Forderungen zum Zuge kommen. Dies ist Sache des sog. Prioritätsverfahrens.

Gewöhnlich wird dieses Verfahren mit dem Liquidationsverfahren verbunden. Der Gläubiger hat anzugeben und zu bescheinigen, welchen Rang er für seine Forderung beansprucht. In dem oben erwähnten Exceptionstermin kann auch der von einem Gläubiger beanspruchte Rang von einem Mitgläubiger, dessen Interesse dadurch berührt wird, bestritten werden. Wird ein Kontradiktor aufgestellt, so kann dieser ein beanspruchtes Vorrecht bekämpfen. Über die bestrittenen Vorrechte wird verhandelt und von dem Konkursgerichte entschieden. In dem Prioritäts- oder Lokationsurteil werden dann sämtliche Forderungen nach ihrem Rangverhältnisse aufgeführt. Wo das Liquidations- mit dem Prioritätsverfahren verbunden ist, wird in demselben Urteil über das Bestehen der bestrittenen Forderungen entschieden. Das Urteil kann von den Beteiligten mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln angefochten werden.

Ist das Prioritätsverfahren von dem Liquidationsverfahren getrennt, so wird erst nach der Erledigung der Liquidations-

prozesse zur Untersuchung und Entscheidung der Rangverhältnisse übergegangen. Entweder wird ein Termin anberaumt, in dem die Lokationsanträge und die Einwendungen dagegen vorzubringen sind, worauf dann das Gericht über die streitigen Punkte entscheidet; oder das Gericht entwirft einen provisorischen Lokationsplan, gegen den in einem Termine Einwendungen erhoben werden können, über die dann entschieden wird. Die Ladung zu diesem Termine erfolgt unter dem Präjudize, dafs die Zustimmung zu dem Entwurf angenommen wird.

Die Rangverhältnisse richten sich nach dem bürgerlichen Rechte. Gemeinrechtlich kommen die Privilegien des römischen Rechts zur Anwendung. Dazu sind in Partikularrechten neue Vorrechte hinzugekommen[5], von denen einige, wie z. B. das Vorrecht des Lidlohns der gebrödeten Diener, so allgemein sind, dafs man sie als gemeinrechtlich bezeichnen darf.

Aus der Einbeziehung der Hypothekengläubiger in den Konkurs ergab sich die Notwendigkeit, aus dem Erlöse der Hypothekenobjekte Sondermassen, im Gegensatz zur gemeinen Masse, zu bilden und, wo mehrere Hypotheken an demselben Objekte bestanden, deren Rangverhältnisse zu bestimmen.

Gemeinrechtlich pflegte man fünf Klassen[6] aufzustellen. Zur ersten Klasse gehören die Vindikanten (wenn sie zum Konkurse herangezogen wurden) und die Gläubiger mit absolutem Privilegium. Auch die Konkurskostenforderungen werden in diese Klasse gesetzt. Zur zweiten Klasse gehören die privilegierten, zur dritten die nicht privilegierten Pfandgläubiger; zur vierten die privilegierten, zur fünften die nicht privilegierten Gläubiger ohne Pfandrecht, die sog. chirographarii.

Während des Liquidations- und Prioritätsverfahrens geht die Verwertung des beschlagnahmten Vermögens des Schuldners vor sich. Sie wird durch den Kurator besorgt, den die Gläubiger wählen. Das Gericht stellt dem Kurator zu seiner Legitimation ein Kuratorium aus. Über die Art und Weise der Verwertung beschliefsen die Gläubiger per maiora. Der Kurator hat die Aufsenstände beizutreiben und die dazu nötigen Prozesse zu führen. Er

[5] Vgl. Stobbe, Zur Geschichte etc. S. 82ff.

[6] Die fünf Klassen finden sich zuerst in der Amts- und Gerichtsordnung des Markgrafenthums Oberlausitz v. 1612 I § 24, dann in der sächs. Prozefsordnung v. 1622. Über deren Entwickelung aus den drei Klassen des italienischen Rechts (Vindikanten, Hypothekengläubiger, Chirographargläubiger), s. Fuchs, Concurs-Verf. S. 116.

kann auch von den Gläubigern durch Mehrheitsbeschluſs beauftragt werden, Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen wurden, anzufechten (actio Pauliana). Was er auf diesem Wege erstreitet, kommt der gemeinen Masse zu gut. Veräuſserungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vornimmt, sind wegen des mit der Eröffnung verbundenen Arrestschlags den Gläubigern gegenüber unwirksam und brauchen daher nicht erst angefochten zu werden.

Das beschlagnahmte Vermögen wird von dem Kurator unter der Mitwirkung des Gerichts, die insbesondere bei der Versteigerung unbeweglichen Vermögens hervortritt, verwertet. Der Erlös wird bei Gericht hinterlegt.

Der Konkurs endigt mit dem Verteilungsverfahren. Dieses beginnt erst, wenn das Liquidations- und das Lokationsverfahren beendigt und das beschlagnahmte Vermögen vollständig verwertet ist. Das Gericht entwirft einen Verteilungsplan (Distributionsbescheid), teilt ihn den Beteiligten mit, und bestimmt eine peremtorische Frist zur Geltendmachung von Einwendungen. Werden Einwendungen erhoben, so wird darüber unter den Beteiligten verhandelt und vom Konkursgerichte entschieden. Nach Ablauf der Frist und Erledigung der Einwendungen wird den Gläubigern ausgezahlt, was nach dem festgestellten Plane auf sie trifft.

§ 6.

5. Das französische Recht und deutsche Partikularrechte.

Die erste Kodifikation des französischen Konkursrechts enthält das dritte Buch des code de commerce art. 437 bis 614, unter der Überschrift: Des faillites et des banqueroutes (Loi decretée le 12. Sept. 1807, promulguée le 22.).

Vor der Kodifikation liegen Aufzeichnungen über territoriales Gewohnheitsrecht[1] und mehrere königliche Ordonnanzen[2], die einzelne konkursrechtliche Bestimmungen, aber keine das ganze Verfahren umfassende Regulierung des Konkursprozesses enthalten.

Der Einfluſs des französischen Rechts auf die Entwickelung

---

[1] Solche Aufzeichnungen sind bei Kohler Lehrb. S. 16 ff. angeführt.

[2] Solche Ordonnanzen s. bei Kohler S. 19. Die wichtigste ist die Ordonnance de commerce Ludwigs XIV. Titel XVIII, die aber auch nur wenige Bestimmungen in 13 Artikeln enthält.

des deutschen Konkursrechts beginnt erst mit der angeführten Kodifikation.

Das Gesetz läfst nur gegen Kaufleute ein Konkursverfahren zu.

Gegen Nichtkaufleute findet blofs das gewöhnliche Exekutionsverfahren statt. Der von einem Gläubiger betriebenen Exekution können sich andere Gläubiger anschliefsen. Ist der aus dem Verkaufe des Exekutionsobjekts erzielte Erlös oder die beschlagnahmte Forderung nicht für alle beteiligten Gläubiger ausreichend, so haben sich diese über die Verteilung zu einigen (code de proc. art. 656, 749). Kommt keine Einigung zustande, so findet ein gerichtliches Verteilungsverfahren statt (code de proc. art. 657 ss., 750 ss.), dem das Verteilungsverfahren der deutschen C.Pr.O. (§ 872 ff.) nachgebildet ist. Da nach dem französischen Rechte die Priorität der Beschlagnahme von Mobiliarvermögen dem Gläubiger kein Vorrecht vor anderen gewährt, die solches Vermögen später mit Beschlag belegt haben, so mufs bei der Vollstreckung in solches Vermögen sowohl die Einigung der Gläubiger wie die gerichtliche Verteilung, soweit nicht andere Vorrechte in Frage kommen, auf der Grundlage der verhältnismäfsigen Befriedigung aller beteiligten Gläubiger erfolgen (distribution par contribution). Daraus erklärt sich, dafs man bei Nichtkaufleuten den Konkurs entbehren kann.

Im Vergleiche zum deutschen gemeinrechtlichen Konkursverfahren gewährt das französische den Gläubigern gröfsere Selbständigkeit gegenüber dem Gerichte.

Der Kaufmann, der seine Zahlungen einstellt, befindet sich im Zustande des Falliments. Die Eröffnung des Falliments wird vom Handelsgerichte erklärt auf Antrag des Schuldners, eines Gläubigers oder auf Grund der Notorietät. Das Gericht bestimmt den Tag, an dem das Falliment als eingetreten gilt. Von diesem Tage an ist dem Falliten die Verwaltung seines Vermögens entzogen. Von diesem Tage rückwärts wird die zehntägige Frist gerechnet, innerhalb deren niemand ein Privilegium oder eine Hypothek an den Gütern erwerben kann. Auch ist die Anfechtung der innerhalb dieser Frist vorgenommenen Handlungen, soweit sie nicht schon nichtig sind, erleichtert.

Das Gericht verordnet die Anlegung von Siegeln an das bewegliche Vermögen, die Bücher und die Papiere des Falliten, ernennt eines seiner Mitglieder zum Fallimentskommissär und einen oder mehrere Agenten zur Besorgung dringlicher Geschäfte und zur Anfertigung der Bilanz, wenn eine solche nicht von dem Falliten selbst angefertigt wurde. Nach Übergabe der Bilanz an

den Kommissär ruft dieser die Gläubiger zusammen und läfst sich von ihnen eine Liste vorschlagen, aus der das Handelsgericht die provisorischen Syndiken ernennt. Mit deren Ernennung stellen die Agenten ihre Thätigkeit ein. Die Syndiken übernehmen die Verwaltung des Vermögens, veräufsern die Mobilien, treiben die Aufsenstände bei und nehmen die Verifikation der angemeldeten Forderungen in Gegenwart des Richterkommissärs vor. Über die Verifikation wird ein Protokoll errichtet. Bestrittene Forderungen werden vor das Handelsgericht verwiesen, das darüber in abgekürztem Verfahren entscheidet. Nach Ablauf der den Gläubigern zur Bekräftigung ihrer Forderungen gesetzten Frist werden die Gläubiger, deren Forderungen angenommen sind, von den provisorischen Syndiken zusammenberufen.

In diesem Stadium kann ein Abkommen zwischen den Gläubigern und dem Falliten geschlossen werden (concordat); dazu ist die Majorität der Gläubiger erforderlich, und zwar mufs die Personenmajorität nach den Titeln ihrer verifizierten Forderungen drei Vierteile aller verifizierten Forderungen repräsentieren. Das Abkommen bedarf der Bestätigung des Gerichts.

Kommt kein Konkordat zustande, so schliefsen die Gläubiger einen Vereinigungsvertrag (contrat d'union) und ernennen einen oder mehrere definitive Syndiken. Die Syndiken repräsentieren die Gesamtheit der Gläubiger. Sie betreiben kraft des Vereinigungsvertrags den Verkauf der Immobilien und der Mobilien und die Liquidation der Forderungen und Schulden des Falliten unter der Aufsicht des Kommissärs. Von dem Erlöse der Immobilien werden zunächst die Hypothekengläubiger befriedigt. Ihre Rangordnung wird durch ein Lokationsurteil festgestellt. Der Betrag des Mobiliarvermögens wird nach Abzug der Kosten und Auslagen und der den privilegierten Gläubigern gezahlten Summen unter alle Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen verteilt. Allmonatlich übergeben die Syndiken dem Kommissär einen Status über die Lage des Falliments und über den Kassebestand; der Kommissär verordnet geeigneten Falls eine Verteilung unter die Gläubiger. Ist die Verwertung der Masse beendigt, so werden die Gläubiger, unter denen der Vereinigungsvertrag geschlossen ist, zusammen berufen; die Syndiken legen ihre Rechnung ab und der Rest gelangt zur letzten Verteilung.

Besonderes gilt für die Vermögensabtretung (cession de biens), die den Schuldner wie nach römischem Recht von der Personalhaft befreit. Die Vermögensabtretung kann mit den Gläubigern

vereinbart werden, und in diesem Falle bestimmen sich ihre Wirkungen nach der Vereinbarung. Sie kann aber auch auf ein Gesuch des Schuldners von dem Gerichte bewilligt werden; eine solche Abtretung hebt die Rechte der Gläubiger auf das künftige Vermögen des Schuldners nicht auf. Der zur Wohlthat der Abtretung zugelassene Schuldner mufs die Abtretung persönlich in der Sitzung des Handelsgerichts seines Wohnorts oder in dem Gemeindehause erklären. Kraft des Urteils, das den Schuldner zur Vermögensabtretung zuläfst, können die Gläubiger das Vermögen verkaufen; dabei sind die Vorschriften zu beobachten, die für die von der Gläubigervereinigung vorzunehmenden Verkäufe vorgeschrieben sind.

Ein Specialgesetz vom 28. Mai 1838 über das Falliment brachte verschiedene Verbesserungen des Verfahrens[8]. Die Agenten fielen fort; es werden sogleich provisorische Syndiken ernannt. Die Fristen sind gekürzt. Die Präklusion von Gläubigern ist weniger streng. Die Rückwirkung des Falliments ist zu Gunsten gutgläubiger Erwerber modifiziert. Die Nichtigkeit des Konkordats ist geregelt. Der Zustand der Gläubigervereinigung (union) tritt ohne Vereinbarung kraft Gesetzes ein (art. 529).

Das französische Gesetz hat die preufsische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 stark beeinflufst. Übrigens enthält diese auch neue gesetzgeberische Gedanken. Sie übertrifft an Umfang (440 Paragraphen) das französische Gesetz und die älteren deutschen Konkursgesetze, indem sie zahlreiche Einzelheiten des Verfahrens, die in diesen Gesetzen nicht geregelt sind, normiert und die Rangordnung nicht blofs der persönlichen, sondern auch der Realgläubiger feststellt.

Aus dem französischen Gesetze stammen insbesondere die Verschärfung der Anfechtbarkeit, die Bestellung eines Richterkommissärs, der Unterschied zwischen dem einstweiligen und dem definitiven Verwalter, die Beseitigung der präkludierenden Wirkung des Gläubigeraufgebots, die Regulierung des Accords (der übrigens nur im kaufmännischen Konkurse zugelassen ist), die Zulassung von Abschlagsverteilungen vor der vollständigen Liquidation der Aktivmasse, die Verweisung der bestrittenen Forderungen zu besonderen Prozessen. Auch die Scheidung zwischen dem kaufmännischen und dem gemeinen Konkurse ist darauf

[8] Das Gesetz erging als neue Redaktion des dritten Buchs des code de commerce, art. 437—614.

zurückzuführen, dafs das französische Recht das im Handelsgesetzbuche vorgesehene Verfahren nur gegen Kaufleute vorgesehen hat. Die preufsische Konkursordnung läfst zwar auch ein Konkursverfahren gegen Nichtkaufleute zu, stellt aber für diesen Konkurs andere Bestimmungen auf als für den kaufmännischen. So gleich bezüglich der Eröffnung des Verfahrens. Während der kaufmännische Konkurs wegen Zahlungseinstellung zu eröffnen ist, sobald das Gericht von der Zahlungseinstellung durch die Anzeige des Gemeinschuldners oder durch einen Antrag eines Gläubigers oder auf andere zuverlässige Weise Kenntnis erhält, ist der gemeine Konkurs wegen Unzulänglichkeit des Vermögens zur Befriedigung aller Gläubiger des Gemeinschuldners und niemals von Amtswegen, sondern nur auf Antrag eines Gläubigers (über einen Nachlafs auch auf Antrag des Nachlafskurators) zu eröffnen.

Aus der preufsischen Konkursordnung von 1855 gingen verschiedene Vorschriften über in die bayerische Civilprozefsordnung v. 29. April 1869, die in den Art. 1173 bis 1318 das Konkurs- oder, wie sie es heifst, das Gantverfahren enthält. Übrigens weicht dieses Gesetz auch wieder in sehr erheblichen Punkten von dem preufsischen Gesetze ab.

Noch stärker als das preufsische und das bayerische Recht ist die das Konkursrecht im XXXV. Titel enthaltende badische Prozefsordnung v. 18. März 1864 von dem französichen Rechte beeinflufst.

§ 7.

Die Konkursordnung für das Deutsche Reich.

Schon bei den Beratungen des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs war die einheitliche Regelung des Konkursverfahrens für Kaufleute angeregt worden. Der preufsische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs enthielt in seinem fünften Buche Vorschriften über das Falliment. Die mit der Herstellung des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs betraute Kommission lehnte jedoch die Beratung dieses fünften Buchs, ebenso wie die des sechsten, die Gerichtsbarkeit in Handelssachen betreffenden Buchs ab, weil keine Aussicht bestehe, ohne gleichzeitige Vereinbarung eines gemeinschaftlichen Verfahrens und einer einheitlichen Organisation der Handelsgerichte zu einer Einigung über den Inhalt dieser Bücher zu gelangen. Darauf machte die preufsische Regierung den Vorschlag, wenigstens die Hauptgrundsätze über die Voraussetzungen und die Folgen eines

kaufmännischen Falliments in das Gesetz aufzunehmen. Aber auch auf diesen Vorschlag ging die Kommission nicht ein. So blieb das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regulierung des Konkursrechts auch für den Kaufmannsstand unbefriedigt.

Nach der Gründung des Norddeutschen Bundes wurde die Ausarbeitung einer Civilprozefsordnung, und als diese Arbeit schon einigermafsen gefördert war, die Ausarbeitung einer Konkursordnung für das Gebiet des Bundes in Angriff genommen[1].

Am 21. Februar 1870 beschlofs der Bundesrat,

> den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf einer einheitlichen Konkursordnung für den Norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen.

In Ausführung des Beschlusses wurde der Kgl. preufsische Justizminister ersucht, die Ausarbeitung zu veranlassen. Infolge dessen wurde im preufsischen Justizministerium der „Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung" nebst Motiven ausgearbeitet[2].

Im November 1873 wurde dieser Entwurf den Regierungen der zum Deutschen Reiche verbündeten Staaten mitgeteilt. Am 21. Dezember 1873 beschlofs der Bundesrat, dafs der Entwurf einer Beratung durch eine besondere, aus acht angesehenen Juristen und drei angesehenen Vertretern des Handelsstandes bestehende Kommission unterzogen werden solle[3].

Diese Kommission trat am 16. März 1874 in Berlin zusammen. Sie hielt bis zum 31. Juli 1874 unter dem Vorsitze des Präsidenten des bayerischen Obersten Gerichtshofs v. Neumayr 73 Sitzungen ab. Aus dieser Kommission ging ein nicht veröffentlichter Entwurf einer deutschen „Konkursordnung" hervor, der sich in der Anlage und in den Grundzügen an den Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung anlehnte. In zahlreichen Einzelheiten wich der neue Entwurf allerdings von dem früheren ab. In dieser Kommission wurde auch der Entwurf eines Einführungsgesetzes festgestellt.

---

[1] Zu dem Folgenden vgl. das Vorwort zu den dem Reichstage vorgelegten Motiven zu dem Entw. einer K.O., D.R.T. 2. Leg. Per. II. Sess. 1874, zu Nr. 200.

[2] Der Entwurf etc. erschien im Verlag von v. Decker, Berlin, 1873 in 2 Bänden und einem Anlageband. An dessen Ausarbeitung war Dr. Karl Hagens, der spätere Geh. Ober-Regierungsrat im Reichs-Justizamt, dann Oberlandesgerichts-Präsident zu Frankfurt a. M., in hervorragender Weise beteiligt.

[3] Die Namen der Kommissionsmitglieder s. Mot. S. 1.

Der neue Entwurf wurde im Bundesrate durchberaten. Der Bundesrat nahm redaktionelle und sachliche Änderungen vor, die jedoch die Grundlagen nicht berühren[4]. Das Einführungsgesetz wurde ohne sachliche Änderung angenommen.

Der Reichskanzler legte den Entwurf einer „Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes" mit Schreiben v. 21. Januar 1875 und, da er in dieser Session nicht erledigt wurde, wieder mit Schreiben vom 27. Oktober dem Reichstage vor. Dem Entwurfe waren ausführliche „Motive" sowie ein Anlageband beigegeben. Die Motive schlossen sich den Motiven zur deutschen Gemeinschuldordnung an, natürlich unter Berücksichtigung der Änderungen. Der Anlageband enthielt eine Darstellung der Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechts, eine Skizze des englischen Konkursrechts und eine solche des Konkursrechts der Vereinigten Staaten von Nordamerika[5].

Der Reichstag verwies die Vorlage an eine Kommission von vierzehn Mitgliedern[6]. Die Kommission beriet in 27 Sitzungen die Vorlage zweimal durch und beschlofs eine Anzahl von Abänderungen, die aber die Vorlage nicht wesentlich umgestalteten[7].

Der Entwurf wurde mit den von der Kommission beschlossenen Änderungen vom Reichstag in zweiter Lesung am 2. Dezember, in dritter Lesung am 21. Dezember 1876 en bloc angenommen, desgleichen vom Bundesrate und als „Konkursordnung für das Deutsche Reich" nebst dem Einführungsgesetze unter dem 10. Februar 1877 im R.G.Bl. S. 351 bis 394 publiziert.

Die §§ 195 bis 197 der alten K.O., die den Konkurs der nach dem R.G. v. 4. Juli 1868 errichteten Genossenschaften betrafen, sind durch das am 1. Oktober 1889 in Kraft getretene R.G. vom 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,

---

[4] Die wichtigeren s. Mot. S. 4.

[5] Diese Motive etc. sind bei Hahn, Materialien zu den deutschen Justizgesetzen Bd. IV S. 35 ff. abgedruckt. — Ich citiere sie nach der Reichstagsvorlage, deren Seitenzahlen bei Hahn angegeben sind.

[6] Ausfeld, Frankenburger, Goldschmidt, Grütering, Haanen, Hullmann, Kochann, Mosle, v. Sarwey, Schrödter (Lippstadt), Websky, v. Wödtke, v. Vahl, Wölfel. Anstatt Frankenburger und Mosle später: Zimmermann und Möring. Vorsitzender: v. Sarwey, Stellvertreter: Goldschmidt. Protokollführer: Schreber, L. Seuffert, Sydow.

[7] Die Protokolle der Kommission wurden gedruckt. Ein Abdruck ist in dem cit. Werke von Hahn Bd. IV S. 518 ff. enthalten. Ich citiere sie nach der offiziellen Ausgabe in den Reichstagsakten.

(R.G.Bl. S. 55) nebst dem R.G. v. 4. Juli 1868 aufgehoben und durch die §§ 91 bis 111, 116 bis 119, 122 bis 124, 134, 135 ersetzt. Das neue Genossenschaftsgesetz findet auch auf die nach dem älteren Gesetze errichteten Genossenschaften Anwendung[8].

Durch R.G., betr. die Abänderung des § 41 der K.O., v. 9. Mai 1894 (R.G.Bl. S. 439) wurde die Vorschrift des § 41 Nr. 4 geändert; das nach dieser Gesetzesstelle dem Vermieter wegen des laufenden Zinses zustehende Absonderungsrecht an den eingebrachten Sachen soll dem Vermieter insoweit nicht zukommen, als er eine solche Forderung infolge der Kündigung des Verwalters (§ 17 Nr. 1, alt) geltend macht.

Am 16. November 1893 haben die Abgeordneten zum Deutschen Reichstag Rintelen, Gröber, Spahn, Bachem und Hitze dem Reichstag den Entwurf eines Gesetzes, betr. die Abänderung der K.O. vorgelegt[9]. Der Reichstag hat den Gesetzentwurf in der ersten Lesung am 9. Januar 1894 seiner X. Kommission zur Vorprüfung überwiesen. Diese hat in zwei Lesungen darüber beraten und am 16. März 1894 Bericht erstattet[10]. Der Bericht empfiehlt die Annahme des übrigens in der Kommission stark abgeänderten Entwurfs. Aber der Entwurf gelangte nicht zur weiteren Beratung im Plenum.

Die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ergab die Notwendigkeit, die K.O. von 1877 in verschiedenen Punkten zu ändern und zu ergänzen.

Das erste Projekt dazu wurde im Jahre 1896 als Anlage II der Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. veröffentlicht[11]. Die Änderungen und Ergänzungen stammen aus den Beratungen der mit der Beratung des zweiten Entwurfs eines B.G.B. betrauten Kommission.

Ein die Änderungen und Ergänzungen zusammenfassender Gesetzentwurf wurde im Reichsjustizamt ausgearbeitet, dem Bundesrate vorgelegt und von diesem mit wenigen Änderungen genehmigt.

---

[8] Mit den in den §§ 155—170 enthaltenen Modifikationen. Für das Konkursverfahren ist nur § 161 bedeutsam. Über die Vorschrift des § 6 des E.G. z. K.O. s. v. Wilmowski zu diesem §. An Stelle der Verweisung auf K.O. § 196 (alt) tritt jetzt die Verweisung auf die §§ 97, 109 Abs. 2 des neuen Genossenschaftsgesetzes gemäfs § 153 Abs. 2 dieses Gesetzes.

[9] Reichstagsakten 9. Leg.-Per. II. Session 1893/94 Nr. 18.

[10] Reichstagsakten eod. Nr. 278.

[11] Über dieses Projekt s. L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. XXII S. 475 ff.

Dem Reichstage wurde der vom Bundesrat genehmigte Entwurf mit einer Begründung und einer Zusammenstellung der alten und der neuen Fassung am 26. Januar 1898 vorgelegt[13].

Die erste Beratung im Plenum fand am 14. Februar 1898 statt. Der Entwurf wurde der VI. Kommission überwiesen.

Derselben Kommission wurde ein von den Abgeordneten Rintelen, Bachem, Hitze und Lerno eingebrachter Gesetzentwurf, betr. die Abänderung der K.O.[18], überwiesen, worin die Beschlüsse der im Jahre 1894 eingesetzten Reichstagskommission reproduziert sind[14].

Die Kommission beriet in zwei Lesungen über die beiden Gesetzentwürfe und erstattete dem Reichstag unter dem 29. März 1898 Bericht[15]. Geändert wurde an der Vorlage nur Weniges. Die erheblichsten Neuerungen sind in den §§ 169a, 172a enthalten.

Der Reichstag hat den Entwurf in der Gestalt, wie er aus der Kommission herauskam, en bloc angenommen. Die zweite Lesung fand am 27. April, die dritte am 2. Mai 1898 statt.

Das Gesetz wurde nach Zustimmung des Bundesrats am 17. Mai 1898 vollzogen und im Reichsgesetzblatt Nr. 21 S. 230 ff. veröffentlicht.

Auf Grund des R.G. v. 17. Mai 1898, betr. die Ermächtigung des Reichskanzlers zur Bekanntmachung verschiedener Reichsgesetze, R.G.Bl. S. 342, wurde der Text der neuen Konkursordnung mit fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen im Reichsgesetzblatt Nr. 25 S. 612 ff. bekannt gegeben.

Mit dem Entwurfe eines Gesetzes betr. Änderungen der K.O. wurde der Entwurf eines aus IX Artikeln bestehenden Einführungsgesetzes zu diesem Gesetze vorgelegt. Dieser Gesetzentwurf teilte die Schicksale der Konkursnovelle.

Das Einführungsgesetz wurde wie diese am 17. Mai 1898 vollzogen und im Reichsgesetzblatt Nr. 21 S. 248 ff. veröffentlicht.

---

[13] Reichstagsakten 9. Leg.-Per. V. Session 1897/98 Nr. 100.

[18] Reichstagsakten a. a. O. Nr. 74.

[14] Mit einer Änderung bei § 208f. (alt).

[15] Reichstagsakten a. a. O. Nr. 237.

Anhang.

Litteratur des Reichs-Konkursrechts.

A. Kommentare.

Hullmann 1879, Meisner 1881, Mewes 1881, Petersen und Kleinfeller 3. Aufl. 1892, v. Sarwey 3. Aufl. bearb. von Bossert 1895, Stieglitz 1879, v. Völderndorff 2. Aufl. 1885, Wengler 1879, Willenbücher 1885, v. Wilmowski 5. Aufl. 1896.

B. Lehrbücher.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, 1889,
Fitting, Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 1881,
Fuchs, Der deutsche Konkursprozefs, 1877,
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891,
Kohler, Leitfaden des Konkursrechts für Studierende, 1893,
Rintelen, Konkursrecht, 1890.

C. Sonstige Werke.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I, 1891,
A. S. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880,
L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts 1. Teil, 1888.

§ 8.

Das Verhältnis der Konkursordnung zu den Reichs- und zu den Landesgesetzen.

1. Die Konkursordnung setzt die durch das Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. Januar 1877 geschaffene Gerichtsverfassung voraus. Die in diesem Gesetze enthaltenen Vorschriften über Rechtshülfe (§§ 157 bis 169), Öffentlichkeit und Sitzungspolizei (§§ 170 bis 185, die §§ 173 bis 176 in der Fassung des R.G. v. 5. April 1888, R.G.Bl. S. 133)[1], Gerichtssprache (§§ 186 bis 193), Beratung und

[1] Da die Verhandlung vor dem Konkursgerichte keine Verhandlung „vor einem erkennenden Gerichte" im Sinne des § 170 des G.V.G. ist, so ist sie nicht öffentlich. Vgl. K.Pr. S. 68f. Die Ansicht, dafs die Öffentlichkeit, weil sie durch das G.V.G. auch nicht ausgeschlossen ist, nach dem Ermessen des Gerichts zulässig sei — Wilmowski § 65 N. 3, Petersen und Kleinfeller § 66 N. 3, Kleinfeller, das Reichsgesetz betr. die unter Ausschlufs der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen S. 17 — dürfte deswegen unrichtig sein, weil die Öffentlichkeit nur für die in § 170 des G.V.G. bezeichneten Verhandlungen eingeführt ist. Etwas anderes ist es, dafs das Gericht nach § 176 G.V.G. einzelnen Personen den Zutritt zu der nicht öffentlichen Verhandlung gestatten kann.

Abstimmung (§§ 194 bis 200) und Gerichtsferien (§§ 201 bis 204)[2] gelten auch für das Konkursverfahren.

Die K.O. bestimmt in § 72, dafs die Vorschriften der Civilprozefsordnung auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden, soweit sich nicht aus den Vorschriften der K.O. Abweichungen ergeben. Sie wird also durch die Vorschriften der Civilprozefsordnung ergänzt[3].

Die K.O. setzt prinzipiell nicht die den Konkurs betreffenden Vorschriften älterer Reichsgesetze aufser Kraft (E.G. § 3 Abs. 1)[4]; ausdrücklich aufgehoben sind die in § 3 Abs. 2 bezeichneten reichsgesetzlichen Vorschriften[5]. Geändert wurde der jetzt durch § 8 Nr. 2 E.G. z. H.G.B. aufgehobene Art. 80 W.O. dahin, dafs die Verjährung auch durch Anmeldung zum Konkurs unterbrochen wird (E.G. § 3 Abs. 3)[6].

---

[2] Die Gerichtsferien sind nach G.V.G. § 204 ohne Einfluſs auf das Konkursverfahren, aber nicht für die aus Anlafs des Konkursverfahrens entstehenden im ordentlichen Verfahren zu verhandelnden Streitigkeiten.

[3] Über die einzelnen Vorschriften der C.Pr.O., die eine entsprechende Anwendung auf das Konkursverfahren gestatten, und über die Abweichungen s. u. § 19.

[4] Solche Vorschriften sind: a) die V.O. v. 29. Dez. 1867 betr. die Einf. d. preufs. Militärstrafrechts (B.G.Bl. S. 185) Beil. B. § 41 Abs. 2, wonach im Konkurse über das Vermögen einer Militärperson das Konkursgericht die Thatsachen, die auf einen strafbaren Bankerutt schliefsen lassen, dem zuständigen Militärgericht mitzuteilen hat; b) §§ 3, 4 des Wahlgesetzes v. 31. Mai 1869 (B.G.Bl. S. 159), wonach Personen, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet ist, in den Reichstag weder wählen noch gewählt werden können; c) § 11 Abs. 2 des B.G. betr. die Kautionen der Bundes- (Reichs-) beamten v. 2. Juni 1869, wonach das Reich nicht verpflichtet ist, die zum Zwecke der Kautionsstellung verpfändeten Wertpapiere in die Konkursmasse einzuliefern; d) § 20 Nr. 2 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 (R.G.Bl. S. 61), der das Vorzugsrecht des Reichs im Konkurse eines Reichsbeamten regelt, dem ein Defekt bezüglich einer Kassen- oder Vermögensverwaltung zur Last fällt; e) Art. 29 der W.O., wonach bei Konkurs über das Vermögen des Acceptanten der Regrefs auf Sicherstellung begründet ist.

[5] Nämlich die Vorschriften des § 51 des (inzwischen ganz aufgehobenen) Genossenschaftsgesetzes v. 1868, sowie die in § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts; die Vorschriften der §§ 13 bis 18 des R.G., betr. die Gewährung der Rechtshülfe, vom 21. Juni 1869 und die Vorschriften der §§ 281 bis 283 des St.G.B.

[6] Die Bestimmung des E.G. § 3 Abs. 4 zu § 64 Abs. 1 des Gen.-Gesetzes v. 1868 war seit der Aufhebung dieses Gesetzes durch das Gen.-Ges. v. 1889 noch für Konkurse bedeutsam, die vor dem 1. Okt. 1889 eröffnet worden waren, weil diese nach dem alten Gen.-Gesetz zu behandeln waren.

Auf Konkurs bezügliche Vorschriften stehen auch in Reichsgesetzen, die nach der alten K.O. erlassen sind[7].

2. Das in Reichsgesetzen enthaltene Konkursrecht geht dem Landesrechte vor; jenes kann nicht durch Landesgesetz aufser Kraft gesetzt werden (Art. 2 Reichsverf., § 4 E.G. z. K.O.). Sonach sind alle Vorschriften der Landesgesetze über Konkursverfahren[8] und über das sog. materielle Konkursrecht und die auf Konkurs bezüglichen Strafvorschriften[9] aufgehoben, soweit nicht in der K.O. darauf verwiesen oder bestimmt ist, dafs sie nicht berührt werden sollen[10].

Das Reichsgesetz (E.G. § 4) geht aber noch weiter; es beseitigt auch die mit dem Reichsrecht an und für sich verträglichen Vorschriften der Landesgesetze über gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines Konkursverfahrens dienende Stundungs- und Nachlafsverhandlungen, konkursmäfsige Einleitungen, Vermögensuntersuchungen, über die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung, weil solche Vorschriften mit dem Konkursrecht mehr oder weniger zusammen hängen. Damit ist der Landesgesetzgebung die Erlassung solcher Vorschriften verwehrt.

Ausdrücklich aufrecht erhalten sind (E.G. § 4) die landes-

---

[7] Anfechtungsges. v. 1. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 277) § 13; Gew.-Ordn. §§ 103 Abs. 5, 104 m (R.G. v. 18. Juli 1881, R.G.Bl. S. 233, u. v. 23. April 1886, R.G.Bl. S. 125); Gen.-Ges. v. 1. Mai 1889 (R.G.Bl. S. 55) §§ 91 bis 111, 116 bis 119, 122 bis 124, 134, 135; R.G. betr. das Reichsschuldbuch v. 31. Mai 1891 (R.G.Bl. S. 321) § 15 Nr. 3; Krankenversich.-Ges. in d. Red. v. 10. April 1892 (R.G.Bl. S. 417) § 55 Abs. 2; R.G. betr. die Ges. mit beschr. Haftung v. 20. April 1892 (R.G.Bl. S. 477) §§ 60 Nr. 4, 63, 64, 81; B.G.B. §§ 42, 74, 75, 86, 89, 209 Nr. 2, 214, 218, 377, 401 Abs. 2, 418, 728, 736, 773 Nr. 3, 1419, 1543, 1547, 1647, 1781 Nr. 3, 1975 bis 1978, 1980, 1988 bis 1991, 2000, 2060 Nr. 2; H.G.B. §§ 32, 131 Nr. 3, 5, 144, 161 Abs. 2, 240 Abs. 2, 292 Abs. 1 Nr. 3, 330 Abs. 2, 341, 342, 370 Abs. 1 Nr. 1, 505 Abs. 2, 509, 888, 889, 898.

[8] Wegen der verschiedenartigen Terminologie der Partikularrechte ist daneben auch das Falliments-, Gant- und Debitverfahren ausdrücklich genannt. Auch die Vorschriften über die Rechtswohlthat der Güterabtretung (cessio bonorum), die nach dem früheren Rechte zum Konkurse führte oder im Konkurse erfolgte, sind besonders unter den aufgehobenen genannt.

[9] Von der Aufhebung waren nach § 5 Nr. 2 des alten E.G. wieder ausgenommen die landesgesetzlichen Vorschriften, die die Unterlassung der Anzeige des zwischen Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden ehelichen Güterrechts mit Strafe bedrohen; z. B. preufs. Einf.-Ges. z. H.G.B. § 41.

[10] Solche Verweisungen und Bestimmungen s. §§ 25, 43, 47, 52.

gesetzlichen Vorschriften, die die Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse betreffen. Nach dem Landesgesetze bemifst sich, ob und wieweit Vermögen der bezeichneten Arten und ein Recht auf die Renten aus solchem Vermögen zur Konkursmasse gehörten. Gehören sie dazu, so erfolgt gleichwohl die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommifsgläubiger abgesondert aus dem Lehen, dem Stammgute oder dem Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze (§ 52). Ob ein Konkursverfahren lediglich über Vermögen der bezeichneten Art eröffnet werden kann, bestimmen die Landesgesetze; wo sie einen solchen Separatkonkurs zulassen, ist das Reichsrecht darauf nur anwendbar, wenn das Landesgesetz dies anordnet.

Die reichsgesetzlichen Vorschriften über Konkurs sind subsidiäres Recht gegenüber den Vorschriften der Hausverfassungen und der Landesgesetze in Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern, der Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses (§ 7 E.G.). Die Hausverfassung oder das Landesgesetz kann bestimmen, dafs die Gerichtsbarkeit in Konkurssachen der bezeichneten Personen nicht den ordentlichen Gerichten zusteht.

§ 9.

Die räumliche Geltung des deutschen Konkursprozefsrechts.

Das deutsche Konkursgesetz ist mafsgebend für alle Handlungen, die mit Bezug auf ein von einem deutschen Gericht[1] zu eröffnendes oder eröffnetes Konkursverfahren von einem deutschen Gericht oder von einem bei dem Verfahren Beteiligten vorgenommen werden. Nur wenn solche Handlungen auf Veranlassung eines deutschen Gerichts im Auslande vorgenommen werden, was bei Zustellungen, Beweisaufnahmen und Zwangsvollstreckungshandlungen möglich ist, kommt ausländisches Recht insofern in Betracht, als die betreffende Handlung von dem deutschen Gerichte als ordnungsmäfsig zu behandeln ist, wenn sie entweder dem ausländischen oder dem inländischen Gesetz entspricht[2].

---

[1] Dazu gehören auch die deutschen Konsulargerichte; vgl. R.G. betr. die Konsulargerichtsbarkeit, v. 10. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 107) §§ 12, 14, 18.

[2] Vgl. §§ 199, 202 Abs. 2, 363, 364, 369, 791 C.Pr.O. Der zu Grunde liegende Gedanke, dafs die Handlung im Inlande als gültig zu erachten ist,

Nach dem inländischen Gesetze bestimmen sich auch die Wirkungen der Handlungen, die in einem von einem deutschen Gerichte eröffneten Konkursverfahren vorgenommen werden, insbesondere die der Eröffnung und der Beendigung des Konkurses.

Daher umfafst die Konkursmasse des von einem deutschen Gericht eröffneten Verfahrens grundsätzlich auch das im Auslande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners, wenn nicht nach § 238 ein auf das inländische Vermögen beschränktes Verfahren stattfindet[3]. Daher ist das zufolge der Konkurseröffnung entstehende Recht des Verwalters zur Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Benachteiligung der Gläubiger, das Absonderungsrecht an einem im Auslande befindlichen Gegenstande und das Recht eines ausländischen Gläubigers zur Aufrechnung nach dem inländischen Gesetz zu beurteilen. Eine andere Frage ist, ob die Wirkungen der inländischen Konkurseröffnung im Auslande thatsächlich durchführbar sind, wenn dazu die Mitwirkung ausländischer Behörden nötig ist. Es kann sein, dafs die ausländische Behörde diese Wirkungen nicht anerkennt. So kann es geschehen, dafs die Einbeziehung ausländischen Vermögens unmöglich ist oder dafs die Anfechtung einer Rechtshandlung unausführbar bleibt, weil ein ausländisches Gericht angegangen werden müfste, das nach dem Gesetze des Auslandes die Anfechtbarkeit nicht anerkennt oder die Vollstreckung eines zur Rückgewähr verurteilenden inländischen Urteils ablehnt. Es kann geschehen, dafs ein im Auslande wohnender Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes nach dem Rechte des Auslandes ein Absonderungsrecht ausübt, das ihm nach dem inländischen Rechte nicht zustände, oder dafs ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine Aufrechnung mit einer Konkursforderung vornimmt, die nach dem inländischen Rechte unzulässig wäre[4]. Solche Vorkommnisse sind aber nicht daraus zu erklären, dafs das inländische Gesetz grundsätzlich seine Wirkungen auf das Inland beschränkt, sondern daraus, dafs der inländische Gesetzesbefehl thatsächlich nicht ausführbar ist.

Auf diejenigen Handlungen, welche in einem von einer ausländischen Behörde eröffneten Konkursverfahren erfolgen, ist das

---

wenn sie dem ausländischen Rechte entspricht, ist auf die Regel locus regit actum zurückzuführen. Der zweite Gedanke ist, dafs es genügt, wenn sie dem inländischen Recht entspricht. Beides kommt am deutlichsten in C.Pr.O. § 369 zum Ausdruck. Vgl. Wach, Handb. I S. 222, 252f.

[3] Das Nähere hierüber s. § 15 (Konkursmasse).

[4] Vgl. die Vorschriften der §§ 50, 56.

inländische. Gesetz auch dann nicht anwendbar, wenn ein inländisches Gericht in die Lage kommt, eine solche Handlung zu beurteilen. So ist z. B. die Frage, ob im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet ist (vgl. § 238 Abs. 4), nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen.

Die von einer ausländischen Behörde in einem Konkursverfahren vorgenommenen Akte sind von den deutschen Gerichten nur insoweit als wirksam anzuerkennen, als sie Urteile im Sinne der C.Pr.O. sind und deren Anerkennung nicht nach § 328 C.Pr.O. ausgeschlossen ist. Keine Urteile im Sinne der C.Pr.O. sind die Konkurseröffnung, die Bestätigung eines Zwangsvergleichs und die Entlastung (discharge) des Schuldners.

Daher hindert eine im Auslande erfolgte Konkurseröffnung, auch wenn sie nach der Intention der ausländischen Behörde sich auf das in Deutschland befindliche Vermögen erstrecken soll, die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen des Gemeinschuldners nicht (§ 237 Abs. 1)[5]. Aus dem gleichen Grunde verliert der Schuldner durch die Konkurseröffnung im Auslande weder das Eigentum noch die Verfügungsmacht über sein im Inlande befindliches Vermögen[6]. Der Schuldner, nicht der im ausländischen Konkurse aufgestellte Verwalter, ist der richtige Kläger und Beklagte nicht blofs in den auf sein inländisches Vermögen bezüglichen, sondern in allen vor den inländischen Gerichten geführten Prozessen[7]. Die ausländische Konkurseröffnung hindert nicht, den Schuldner im Inlande zu belangen, und unterbricht

---

[5] Der § 237 ist die einzige Stelle der K.O., in der der im Texte formulierte Grundsatz, dafs die ausländische Konkurseröffnung von den deutschen Gerichten als wirkungslos zu behandeln ist, zum Ausdrucke gelangt. Dieser § 237 ist aber keine Singularität, sondern eine Konsequenz des oben ausgesprochenen Satzes; er beweist, dafs die Konkursordnung auf dem im Texte angegebenen Standpunkt steht. Von diesem Standpunkt aus ergeben sich die weiteren oben gezogenen Folgerungen. Die in den folgenden Noten zusammengestellte Rechtsprechung des Reichsgerichts ist nicht ganz konsequent. — Über die Stellung der Gesetzgebung gegenüber dem ausländischen Konkurse s. Kohler, Lehrb. S. 601 ff., wo auch andere Litteratur angegeben ist. Ferner Ph. Kleintjes, Het Faillissement in het internationaal Privatrecht (1890).

[6] R.G. 1. Juni 1880 Entsch. I Nr. 157 S. 437, 28. März 1882 VI Nr. 125 S. 405, 11. Dez. 1884 XIV Nr. 115 S. 406, 26. Mai 1886 XVI Nr. 96 S. 392.

[7] R.G. 11. Dez. 1884 Entsch. XIV Nr. 115 S. 408, 21. Jan. 1885 XIV Nr. 116 S. 414, 419 (vielleicht nicht ganz korrekt, vgl. Wolff Abs.-R. S. 146). Inkonsequent R.G. VI Nr. 125 S. 409, wo Trustees als Vertreter des verklagten Gemeinschuldners zugelassen werden, weil sich die klagende Partei damit einverstanden erklärte.

die im Inlande anhängigen Prozesse des Schuldners nicht, auch wenn sie sich auf die Aktiv- oder die Passivmasse des ausländischen Konkurses beziehen[8].

Der im Auslande von dem Gemeinschuldner mit den Gläubigern geschlossene Zwangsvergleich hindert diese nicht, ihre Forderungen im Inlande ohne Rücksicht auf den Accord zu verfolgen, wenn der Accord auf der Jurisdiktionsgewalt der ausländischen Behörde beruht. Dies ist stets der Fall, wenn der Accord die überstimmte Minorität bindet und zu seiner Wirksamkeit gerichtlicher Bestätigung bedarf. Diese zum Wesen des Zwangsvergleichs gehörige Bestätigung ist eine gerichtliche Entscheidung, deren Rechtskraft die inländische Gesetzgebung nicht anerkennt[9].

Eine Entlastung des Gemeinschuldners ohne Vergleich (discharge) ist dem englischen Rechte bekannt. Sie ist aus den gleichen Gründen, wie der ausländische Zwangsvergleich, im Inlande wirkungslos[10].

Durch Staatsverträge kann den Akten ausländischer Behörden in gröfserem oder geringerem Umfange Wirksamkeit für das Inland beigelegt, es kann insbesondere bestimmt werden, dafs die ausländische Konkurseröffnung das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners ergreife.

Zur Zeit sind solche Staatsverträge von Reichswegen nicht

---

[8] R.G. 28. März 1882 Entsch. VI Nr. 125 S. 406, 11. Dez. 1884 XIV Nr. 115 S. 407, 28. Sept. 1885 XVI Nr. 78 S. 337. Inkonsequent S. 339, insofern die Unterbrechung von Prozessen über die Aktivmasse angenommen wird.

[9] Vgl. Kohler, Lehrb. S. 636 ff., wo auch Litteratur angegeben ist. — v. Wilmowski N. 2 zu § 207 glaubt, dafs der ausländische Zwangsvergleich im Inlande unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit als wirksam anzuerkennen sei. Aber das müfste doch bestimmt werden. Aus Analogie der §§ 660, 661 C.Pr.O. (alt) jetzt § 328 C.Pr.O. ergiebt es sich nicht, weil die Bestätigung des Zwangsvergleichs kein Urteil im Sinne der C.Pr.O. ist. Man wird auch nicht annehmen dürfen, dafs der ausländische Zwangsvergleich im Inlande denjenigen Gläubigern entgegengehalten werden könne, welche ihm zugestimmt haben; denn durch die Zustimmung ist der Vergleich noch nicht zustande gekommen, sie ist nicht bindend ohne die Bestätigung des Gerichts. Anders verhält es sich natürlich mit einem im Auslande ohne Einwirkung des Gerichts geschlossenen Vertrage, worin der Gläubiger dem Schuldner einen Teil der Schuld erläfst oder auf das Klagerecht verzichtet. Ein solcher Vertrag kann neben dem Zwangsvergleich zustande kommen.

[10] Vgl. R.G. 20. März 1888 Entsch. XXI Nr. 3 S. 8. Die Begründung dieser Entscheidung geht nur insoweit fehl, als sie die Wirkungslosigkeit auf das inländische Vermögen beschränkt.

geschlossen. Ein Bundesstaat kann seit der Geltung der K.O. einen solchen Vertrag nicht mehr schliefsen, da er das Reichsrecht durch seinen Vertrag nicht ändern kann. Die vorher geschlossenen Verträge der Einzelstaaten sind durch die K.O. beseitigt, denn die reichsrechtliche Regelung des Konkursrechts hat auch das auf Vertrag beruhende Landesrecht aufser Kraft gesetzt[11].

Auch ohne Staatsvertrag können Ausnahmen von der Bestimmung, dafs die Konkurseröffnung im Auslande das inländische Vermögen nicht erfafst und daher die Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen nicht hindert, unter Zustimmung des Bundesrats durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden (§ 237 Abs. 2)[12]. Bisher ist auch davon kein Gebrauch gemacht worden.

§ 10.

Die zeitliche Geltung des deutschen Konkursprozefsrechts.

Die K.O. v. 10. Februar 1877 samt dem Einf. Gesetze ist im ganzen Umfang des Reichs am 1. Oktober 1879 gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetz, der Civilprozefsordnung und der Strafprozefsordnung in Kraft getreten[1].

Die in dem R.G. v. 17. Mai 1898 und in dem Einf. Ges. gleichen Datums enthaltenen Änderungen treten gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, d. i. am 1. Januar 1900 in Kraft.

Wie jedes Prozefsgesetz findet auch die K.O. nur auf das nach dem Inkrafttreten des Gesetzes stattfindende Verfahren Anwendung. Dadurch wäre die Überleitung eines vorher eröffneten Verfahrens in ein den Bestimmungen der K.O. unterworfenes Verfahren nicht

---

[11] Über diese bestrittene Frage vgl. Laband, D. St.R. (2) I S. 668, Pröbst in Hirths Ann. 1881 S. 256, Petersen, Kleinfeller N. 1 zu § 4 E.G., diese für die oben vertretene Ansicht. Abweichend: Mot. S. 32, 467, Kohler, Lehrb. S. 625, v. Wilmowski § 207 N. 1, R.G. 1. Juli 1889 Entsch. XXIV Nr. 2 S. 13.

[12] Daraus folgt dann wieder, dafs ein Staatsvertrag, in dem das Reich einem ausländischen Staate derartige Konzessionen macht, der Zustimmung des Reichstags nicht bedarf.

[1] In Helgoland am 1. April 1891 nach V.O. v. 22. März 1891 (R.G.Bl. S. 21); vgl. R.G. btr. die Vereinigung von Helgoland m. d. D. R. v. 15. Dez. 1890 (R.G.Bl. S. 207) § 6. In den deutschen Schutzgebieten nach den auf Grund der R.G. v. 17. April 1886 u. 15. März 1888 erlassenen kais. Verordnungen, s. Wilmowsky-Levy, Komm. z. G.V.G. § 13 N. 1a; ferner Ztschr. f. d. C.Pr. XI S. 157, XII S. 197, XIV S. 214, XV S. 544, XVII S. 274.

ausgeschlossen. Wegen der praktischen Schwierigkeiten, die sich aus einer solchen Überleitung ergeben könnten, ist jedoch bestimmt, dafs ein vor dem 1. Oktober 1879 eröffnetes Konkursverfahren nach den früheren Gesetzen zu erledigen ist, soweit nicht die Landesgesetzgebung die K.O. auf die Erledigung der vor diesem Tage anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar erklärt (E.G. § 8).

In den nach dem bezeichneten Zeitpunkt eröffneten Konkursen finden auch diejenigen Bestimmungen der K.O. v. 1877 Anwendung, welche das materielle Recht berühren. Als solche kommen insbesondere die Vorschriften über das Aussonderungsrecht, das Absonderungsrecht, die Vorzugsrechte (E.G. § 11) und die Anfechtung in Betracht. Bezüglich der Vorschriften über die Anfechtung ist eine Ausnahme zum Schutz erworbener Rechte gemacht. Es finden nämlich diese Vorschriften auf eine vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommene Rechtshandlung nur Anwendung, sofern diese nicht nach dem älteren Gesetze der Anfechtung entzogen oder der Anfechtung in geringerem Umfange unterworfen ist (§ 9 E.G.). War die Rechtshandlung nach den Vorschriften des älteren Rechts nicht oder nur in geringerem Mafse anfechtbar, so hat es dabei sein Bewenden. Dagegen kann eine nach dem früheren Rechte anfechtbare Rechtshandlung nicht mehr angefochten werden, soweit sie nach der K.O. unanfechtbar ist.

Entsprechend verhält es sich mit der Anwendung der §§ 50, 55 Nr. 3, 56 K.O. über Schadensersatz wegen Abtretung einer Konkursforderung und wegen Aufrechnung mit einer abgetretenen Konkursforderung. Die angeführten Bestimmungen finden auf eine vor dem Inkrafttreten der K.O. abgetretene oder erworbene Forderung nur Anwendung, sofern nicht die bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen, oder eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht oder nur in geringerem Umfange begründen (§ 10 E.G.).

Ein vor dem 1. Januar 1900 eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen, also, wenn es nicht vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet war, nach der K.O. von 1877 zu erledigen (Art. V E.G.).

In einem am 1. Januar 1900 oder später eröffneten Konkursverfahren bleiben, soweit für ein Rechtsverhältnis die Vorschriften

[2] Vgl. jedoch die §§ 12, 13 E.G., nach denen die Landesgesetzgebung für bestimmte Fälle Vorzugsrechte schaffen kann. Näheres darüber s. u. § 17.

des bisherigen bürgerlichen Rechts maſsgebend sind (vgl. Art. 170 bis 172, 175, 184, 198, 200, 213 E.G. z. B.G.B.), für das Rechtsverhältnis auch die Bestimmungen des bisherigen Konkursrechts maſsgebend (Art. VI Satz 1 E.G.)[3]. Dies gilt insbesondere auch in Ansehung eines Nachlasses, wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist (Art. VI Satz 2 E.G.), so daſs also die Vorschriften der neuen K.O. über den Nachlaſskonkurs in diesem Falle nicht anwendbar sind.

Die Landesgesetzgebung kann jedoch auf Grund des Art. 218 E.G. z. B.G.B. für Rechtsverhältnisse, für die nach den Übergangsvorschriften des E.G. z. B.G.B. die Landesgesetze maſsgebend sind, z. B. für das eheliche Güterrecht, Übergangsbestimmungen erlassen, die ihrem Inhalte nach mit den Vorschriften des B.G.B. zusammentreffen. Insoweit die Landesgesetzgebung von dieser Befugnis Gebrauch macht, kann sie auch die neuen, mit den materiellrechtlichen Vorschriften zusammenhängenden Vorschriften des neuen Konkursrechts für anwendbar erklären (Art. VI Satz 3 E.G.).

---

[3] Z. B.: Nach Art. 200 E.G. z. B.G.B. bleiben für den Güterstand einer vor dem 1. Januar 1900 bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maſsgebend. Folglich ist für Anfechtung der Sicherstellung oder Rückgewähr des Heiratsguts oder des gesetzlich in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögens der Ehefrau § 25 Nr. 2 der K.O. v. 1877 maſsgebend.

Erstes Hauptstück.

Das Konkursgericht und die bei dem Verfahren Beteiligten.

§ 11.

I. Das Konkursgericht.

Sachlich zuständig für das Konkursverfahren sind die Amtsgerichte[1].

Örtlich zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gemeinschuldner seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen, bei dem er seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 71 Abs. 1)[2]. Eine gewerbliche Niederlassung hat der Gemeinschuldner da, wo sich Einrichtungen zu dem Betriebe seiner Fabrik, seines Handelgeschäfts oder seines sonstigen Gewerbs befinden. Gemeint sind wohl nur solche Niederlassungen, von denen aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden[3]. Wo der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ergeben die §§ 13 bis 19 C.Pr.O.

---

[1] Nach Code de comm. art. 441, 454, Fall. Ges. Art. 451, preufs. K.O. § 115, 127, 320, bayr. Pr.O. Art. 1117, 1195, lüb. K.O. § 4, 5 sind die Kollegialgerichte zuständig.

[2] Nach K.O. v. 1877 war das Gericht zuständig, bei dem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte. Über die Änderung s. K.B. S. 17 f. Die Änderung hat die schöne Fassung gezeitigt: „Amtsgericht, bei welchem d. G. s. Niederlassung hat".

[3] Vgl. K.B. S. 17 ad v. „Mittelpunkt seines wirtschaftlichen Daseins".

Für das Konkursverfahren gegen einen Schuldner, der im Deutschen Reiche weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen allgemeinen Gerichtsstand hat, aber im Inlande ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznieſser oder Pächter bewirtschaftet, ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich das Gut befindet (§ 238 Abs. 3).

Für den Nachlaſskonkurs ist das Amtsgericht zuständig, bei dem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat (§ 214).

Für den Konkurs über das Vermögen eines sich in einem Konsularbezirke aufhaltenden Reichsangehörigen oder Schutzgenossen ist der Konsul zuständig (§§ 1, 12, 14 R.G.G. v. 10. Juli 1879), in den Schutzgebieten der an Stelle des Konsuls zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ernannte Beamte (R.G. vom 17. April 1886 u. v. 15. März 1888).

Sind mehrere Gerichte zuständig, so schlieſst dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus (§ 71 Abs. 2).

Die sachliche und die örtliche Zuständigkeit zum Konkursverfahren sind ausschlieſslich (§§ 71, 214, 238 Abs. 3); der Mangel der Zuständigkeit ist daher von Amtswegen zu beachten; die Zuständigkeit kann nicht durch Vereinbarung geändert werden. Hat ein unzuständiges Gericht Konkurs eröffnet, so ist der Beschluſs anfechtbar. Wird er rechtskräftig, so ist der Verstoſs gegen das Prozeſsgesetz durch die Rechtskraft gedeckt.

Ist das an sich zuständige Gericht im einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert oder ist die Zuständigkeit mit Rücksicht auf die Grenzen der Gerichtsbezirke ungewiſs, so wird das zuständige Gericht auf Gesuch des Antragstellers durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht bestimmt (§ 36 Nr. 1,2 C.Pr.O.). Ebenso, wenn mehrere Gerichte sich rechtskräftig für zuständig oder wenn mehrere Gerichte, von denen eines zuständig sein muſs, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben (§ 36 Nr. 5, 6 C.Pr.O.).

§ 12.

II. Die Konkursgläubiger.

Zur Teilnahme an der gemeinschaftlichen Befriedigung aus der Konkursmasse berechtigt — Konkursgläubiger in diesem

Sinne[1] — sind die persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten klagbaren Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (§ 3). Die Forderungen der Konkursgläubiger heifsen Konkursforderungen.

Zu einer Konkursforderung gehört also:

1. dafs sie ein Vermögensanspruch ist, d. i. ein Anspruch auf eine aus dem Vermögen des Schuldners erfüllbare Leistung. Die Leistung mufs nicht Geldleistung sein, aber sie mufs Geldwert haben, und die geldwertige Leistung mufs eine solche sein, die aus dem Vermögen des Schuldners erfolgen kann. Vermögensansprüche in diesem Sinne sind alle Ansprüche auf Leistung von Sachen und dinglichen Rechten, nicht dagegen Ansprüche auf Dienstleistung, auf Herstellung eines Werkes, auf Vorlegung einer Sache oder eines Vermögensverzeichnisses, auf Auskunftserteilung, Rechenschaftsablegung oder Rechnungsstellung, auf Auseinandersetzung, auf Leistung des Offenbarungseides und auf Unterlassungen. Die aus Nichterfüllung solcher Verbindlichkeiten entstandenen Ansprüche auf Schadensersatz sind natürlich Vermögensansprüche.

Vermögensansprüche, die nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewifs oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerte in Reichswährung geltend zu machen (§ 62). Die Veranschlagung solcher Ansprüche ist zunächst Sache des Gläubigers. Wird der angemeldete Betrag bestritten, so ist Feststellung nach § 146 erforderlich.

2. Die Forderung mufs klagbar sein in dem Sinne, dafs sie vor einem ordentlichen oder besonderen Gerichte oder vor einer anderen Behörde angriffsweise geltend gemacht und durch staatliche Organe beigetrieben werden kann. Ein Schiedsvertrag schliefst die Geltendmachung der Forderung im Konkurse nicht aus, wenn die Forderung ohne den Schiedsvertrag klagbar ist. Dagegen sind Forderungen aus natürlichen Verbindlichkeiten (naturales obligationes[2]) keine Konkursforderungen; denn das

---

[1] Über die verschiedenen Bedeutungen, in denen der Ausdruck „Konkursgläubiger" im Gesetze gebraucht ist, vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 121 ff. Gewöhnlich ist er in dem im Text angegebenen Sinne gebraucht.

[2] Über die natürlichen Verbindlichkeiten des B.G.B. vgl. Stammler, d. R. der Schuldverhältnisse S. 26 ff., Ubbelohde, Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 216 ff. Eine solche Verbindlichkeit entsteht ferner aus dem Börsentermingeschäfte einer nicht registrierten Person nach § 66 Börsengesetz v. 22. Juli

Konkursverfahren ist Zwangsvollstreckung und die Zwangsvollstreckung findet nur bei klagbaren Verbindlichkeiten statt.

3. Der Gemeinschuldner mufs dem Gläubiger persönlich haften.

a) Persönliche Haftung ist vorhanden, wenn der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu verlangen. Die persönliche Haftung kann unbeschränkt oder beschränkt sein. Bei unbeschränkter Haftung ist die Forderung stets Konkursforderung, bei beschränkter nur dann, wenn das Vermögen, mit dem der Schuldner haftet, nicht aufserhalb der Konkursmasse ist.

Den Gegensatz zur persönlichen Haftung bildet die Sachhaftung. Deren Wesen besteht darin, dafs ein bestimmter Gegenstand, einerlei wem er gehört, dem Gläubiger zur Befriedigung oder Sicherung eines Guthabens dient. Aus Sachhaftung ergiebt sich keine Konkursforderung, sondern ein Absonderungsanspruch.

Im Konkurse über das Vermögen des Inhabers eines Handelsgeschäfts, mag dieser ein Einzelner oder eine Gesellschaft sein, ist der stille Gesellschafter Konkursgläubiger in Ansehung der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn entfallenden Anteils am Verlust übersteigt (§ 341 Abs. 1 H.G.B.).

b) Bei Nachlafskonkurs haftet der Erbe mit dem Nachlafs nur für die Nachlafsverbindlichkeiten. Daher sind Gläubiger des Nachlafskonkurses die Gläubiger der Nachlafsverbindlichkeiten. Nachlafsverbindlichkeiten sind die Schulden, für die der Erblasser persönlich haftete; ferner die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen[8], Vermächtnissen und Auflagen (§ 1967 B.G.B.). Die Kosten der standesmäfsigen Beerdigung des Erblassers sind Nachlafsverbindlichkeit (§ 1968 B.G.B.); sie sind aber (aus Mifsverständnis!) zu Masseschulden erhoben (§ 224 Nr. 2) und können daher nur als solche geltend gemacht werden. Nachlafsverbindlichkeiten sind auch der Voraus des überlebenden Ehegatten (§ 1932 B.G.B.), der Unterhalt der Mutter des zu erwartenden Erben (§ 1963 B.G.B.)

1896, und besteht fort in Ansehung der durch Zwangsvergleich erlassenen Schulden. Auch der vertragsmäfsige Verzicht auf das Klagerecht läfst eine n. V. zurück.

[8] Da der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht und der Wert des Nachlasses nach Abzug der Nachlafsverbindlichkeiten zu berechnen ist, die dem Pflichtteilsrechte vorgehen (vgl. § 226), so ist der in abstracto Pflichtteilsberechtigte in concreto nicht Nachlafsgläubiger, wenn der Nachlafs durch jene Verbindlichkeiten erschöpft ist. — Der Anspruch aus § 2329 ist Konkursforderung im Konkurse des Beschenkten.

und der sogenannte Dreifsigste für die in § 1969 B.G.B. bezeichneten Personen.

Wird der Nachlafskonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen (§ 1976 B.G.B.); daher kann der Erbe die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche im Nachlafskonkurse geltend machen (§ 225 Abs. 1).

Die dem Erben nach den §§ 1978, 1979 B.G.B. zustehenden Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen sind Masseansprüche (§ 224 Nr. 1). Zu diesen Aufwendungen gehört die Berichtigung einer Nachlafsverbindlichkeit, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, dafs der Nachlafs zur Berichtigung aller Nachlafsverbindlichkeiten ausreiche (§ 1979 B.G.B.). Durfte er dies nicht annehmen, so hat er keinen Ersatzanspruch; aber er tritt an Stelle des befriedigten Gläubigers und kann die Forderung im Konkurse geltend machen, es sei denn, dafs er für die Nachlafsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 225 Abs. 2). Wäre der Erbe nicht berechtigt, an Stelle des befriedigten Gläubigers am Konkurse teilzunehmen, so würden die dem befriedigten Gläubiger gleich- oder nachstehenden Gläubiger auf Kosten des Erben um den Betrag bereichert werden, der auf die Forderung jenes Gläubigers entfallen wäre, wenn er sich am Nachlafskonkurse beteiligt hätte. Diese ratio legis trifft aber nur zu, wenn der Erbe nicht für alle Nachlafsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Haftet er für alle unbeschränkt (§§ 1994, 2005 B.G.B.), so mindert, was die Gläubiger im Nachlafskonkurse mehr erhalten, seine eigene Haftung gegenüber allen Gläubigern; deshalb darf er sich in diesem Falle nicht an Stelle des befriedigten Gläubigers im Konkurse beteiligen. Anders steht die Sache, wenn der Erbe nur einem einzelnen Nachlafsgläubiger unbeschränkt haftet (§ 2006 B.G.B.). Dann würden die Gläubiger, die sich nicht an das Vermögen des Erben halten können, grundlos auf Kosten des Erben bereichert, wenn dieser nicht an Stelle des befriedigten Gläubigers liquidieren könnte. Deshalb ist dieser Fall nicht ausgenommen.

Aus dem gleichen Grunde ist der Erbe, der einem einzelnen Nachlafsgläubiger unbeschränkt haftet, also von diesem trotz der Eröffnung des Nachlafskonkurses in Anspruch genommen werden kann (§ 2013 B.G.B.), berechtigt, dessen Forderung schon vor der Befriedigung für den Fall geltend zu machen, dafs der Gläubiger sie nicht geltend macht (§ 225 Abs. 3). Bedingt ist die Berechtigung, mit der Forderung am Konkurse teilzunehmen, nicht

die Forderung; daher hat der Erbe nicht bloſs ein Recht auf Sicherstellung, sondern ein Recht auf die Konkursdividende. Macht der Gläubiger seine Forderung im Konkurse geltend, so kann der Erbe sie nicht geltend machen. Hat der Erbe die Forderung bereits im Konkurse geltend gemacht, so scheidet er aus den Konkursgläubigern aus, sobald der Gläubiger die Forderung anmeldet. Befriedigt der Erbe den Gläubiger während des Konkurses, so erlangt er wieder die Berechtigung zur Teilnahme am Konkursverfahren.

Hat der Erbe einen Nachlaſsgläubiger teilweise befriedigt, so ist er in den vorstehenden Fällen in Ansehung des bezahlten Teils Konkursgläubiger, während jener in Ansehung des Restes Konkursgläubiger bleibt. Wurde der Nachlaſsgläubiger mit einem geringeren Betrage abgefunden, so kann der Erbe die ganze Forderung im Konkurse geltend machen[4].

c) In dem Konkurse über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand kommen als Konkursgläubiger diejenigen in Betracht, welche berechtigt sind, aus dem Gemeinschaftsvermögen Befriedigung zu verlangen. Also im Gesellschaftskonkurse die Gesellschaftsgläubiger, u. s. w. Die einzelnen Gemeinschafter können Gemeinschaftsgläubiger und daher Konkursgläubiger sein.

Da bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft das Gesamtgut zur Konkursmasse des über das Vermögen des Mannes eröffneten Konkurses gehört (§ 2 Abs. 1), so sind Konkursgläubiger dieses Konkurses die Gläubiger der Gesamtgutsverbindlichkeiten. Welche Verbindlichkeiten Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, ergiebt § 1459 Abs. 1 B.G.B.

Entsprechend verhält es sich, wenn bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff., 1557 B.G.B.) Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten eröffnet wird. Da das Gesamtgut zu der Konkursmasse gehört (§ 2 Abs. 3), so sind die Gläubiger der Gesamtgutsverbindlichkeiten Konkursgläubiger. Welche Verbindlichkeiten Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, ergiebt § 1488 B.G.B.

In dem Konkurse über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind Konkursgläubiger nur die Gesamtgutsgläubiger, deren Forderungen zur Zeit des Ein-

[4] Die unter litt. b behandelten Dinge sind in der während des Drucks erschienenen Abh. von E. Jäger, Erbenhaftung und Nachlaſskonkurs, S. 63 bis 68, 81 bis 85 ausführlich erörtert.

tritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestanden (§ 236 Satz 2). Es sind also vom Konkurse ausgeschlossen die Gläubiger derjenigen Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, welche keine Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren[5], und die Gläubiger derjenigen Verbindlichkeiten, welche erst nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten entstanden sind. Jene Gläubiger sind ausgeschlossen, weil sie zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft kein Recht auf Befriedigung aus dem Gesamtgut hatten; diese, weil durch die Eröffnung des Gesamtgutkonkurses das Gesamtgut in dem Bestande, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hatte (vgl. § 1489 Abs. 2 B.G.B.), von dem anderen Vermögen des überlebenden Ehegatten (vgl. § 1485 B.G.B.) gesondert wird.

Im übrigen sind in dem Gesamtgutskonkurse diejenigen Gläubiger Konkursgläubiger, welche zur Teilnahme am Nachlafskonkurse berechtigt wären (§ 236 verb. mit §§ 225, 226).

Die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen, welche aus dem Gesamtgute zu entrichten sind, sind Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten, daher Gesamtgutsverbindlichkeiten (arg. § 1488 B.G.B.), und zwar sind es Verbindlichkeiten, die mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft (nicht erst nach deren Eintritt) entstanden sind. Daher sind die Gläubiger dieser Verbindlichkeiten Konkursgläubiger des Gesamtgutskonkurses.

d) Persönliche Haftung und Sachhaftung können neben einander bestehen. Insbesondere bestehen beide Haftungen bei der Hypothek (arg. § 1113 B.G.B.) und, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, in Ansehung der fällig werdenden Leistungen bei der Reallast (arg. § 1108 B.G.B.). Bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen kann eine persönliche Haftung neben der Sachhaftung bestehen (arg. § 1204 B.G.B); doch ist dies nicht notwendig[6]. Bei der Grundschuld, der Rentenschuld und der Bodmerei besteht neben der Sachhaftung keine persönliche Haftung (arg. §§ 1191, 1199 B.G.B., § 679 H.G.B.); jedoch kann eine solche durch ein besonderes Rechtsgeschäft begründet werden (vgl. § 53 Abs. 2 Zw.V.G.).

Wenn einem Gläubiger neben einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande auch der Gemeinschuldner persönlich haftet,

---

[5] Z. B. die Verbindlichkeiten der verstorbenen Frau aus einem Rechtsgeschäft, zu dem der Mann seine Zustimmung nicht erteilt hat; vgl. § 1460 Abs. 1 B.G.B.

[6] Das Versatzgeschäft der Leihanstalten bietet ein Beispiel von Verpfändung mit reiner Sachhaftung.

so ist er in Ansehung seiner persönlichen Forderung Konkursgläubiger. Er kann aber, auch wenn er aufserhalb des Konkurses die Wahl zwischen der Inanspruchnahme des Gegenstandes und der Inanspruchnahme der Person hatte, im Konkurse nur für denjenigen Betrag seiner persönlichen Forderung verhältnismäfsige Befriedigung beanspruchen, zu welchem er auf die abgesonderte Befriedigung, d. i. auf die Sachhaftung, verzichtet oder mit welchem er bei der abgesonderten Befriedigung aus dem ihm haftenden Gegenstande ausgefallen ist (§ 64)[7].

Sonach ist ein solcher Gläubiger, soweit er nicht auf die Sachhaftung verzichtet, Konkursgläubiger nur in Ansehung des Ausfalls. Anmelden kann er seine ganze Forderung; aber die Anmeldung gilt nur für den Betrag, der als Ausfall nachgewiesen wird oder wegen Verzichts auf das Absonderungsrecht nicht mehr als Forderung eines Absonderungsberechtigten in Betracht kommt. Nach dem mutmafslichen Ausfall bemifst sich sein Stimmrecht in der Gläubigerversammlung (§ 96) und sein Anteil an der Dividende einer Abschlagsverteilung (§ 153 Abs. 2). Bei der Schlufsverteilung wird die Forderung nur mit dem Betrage berücksichtigt, der bis zum Ablauf der Ausschlufsfrist als Ausfall nachgewiesen oder durch Verzicht auf das Absonderungsrecht eine Forderung mit blofs persönlicher Haftung geworden ist (§ 153 Abs. 1).

Ebenso wie die Gläubiger, denen ein zur Masse gehöriger Gegenstand und der Gemeinschuldner haftet, werden im Konkurse die persönlichen Gläubiger behandelt, die ein Absonderungsrecht aus einem anderen Grunde als wegen Sachhaftung haben[8].

Ähnlich verhält es sich im Konkurse über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters in Ansehung der Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien, wenn das Konkursverfahren auch über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist (§ 212)[9]. Die

---

[7] So hatte der Hypothekengläubiger, dem der Gemeinschuldner auch persönlich haftet, bis zur Konkurseröffnung die Wahl zwischen Befriedigung aus dem Grundstück und aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners. Durch die Konkurseröffnung wird die persönliche Haftung subsidiär, soweit nicht auf die Hypothek verzichtet wird.

[8] Vgl. unten § 18 Nr. 3.

[9] Über die Entstehung des jetzigen § 212, früher § 201 s. bei Jäger, d. Konkurs d. off. H.G. S. 143; dazu die Denkschr. z. d. Entw. e. H.G.B., Reichstagsvorl. S. 95 f. und die Begründung des Entw. e. Ges., betr. Änd. d. K.O., Reichstagsvorl. S. 46. — Die Vorschriften des § 212 gelten auch, wenn das Konkursverfahren über das Vermögen eines ausgeschiedenen Gesellschafters

Gesellschaftsgläubiger können nämlich in dem Konkurse über das Privatvermögen Befriedigung nur wegen desjenigen Betrags suchen, für welchen sie in dem Gesellschaftskonkurse keine Befriedigung erhalten. Bei den im Privatkonkurse stattfindenden Verteilungen sind, solange der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen noch nicht feststeht, die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zu berechnen; aber sie sind zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht. Steht der Ausfall fest, dann ist den Gesellschaftsgläubigern im Privatkonkurs die auf ihren Ausfall, nicht die auf den vollen Betrag ihrer Forderungen, entfallende Dividende auszuzahlen[10].

Verzichtet der Gläubiger auf die Beteiligung am Gesellschaftskonkurse, so kann er im Privatkonkurse für den ganzen Betrag seiner Forderung verhältnismäfsige Befriedigung verlangen. Der Verzicht kann sich auf eine Quote der Forderung beschränken. Er mufs gegenüber dem Verwalter des Gesellschaftskonkurses erklärt werden. Er ist dem Verwalter des Privatkonkurses nachzuweisen. Die Unterlassung der Beteiligung am Gesellschaftskonkurse steht dem Verzichte nicht gleich, solange die Beteiligung am Gesellschaftskonkurse möglich ist; sonst könnte die Beschränkung auf den Ausfall vereitelt werden[11]. Sind mehrere Privatkonkurse eröffnet, so kommen die Vorschriften des § 68 zur Anwendung.

Durch diese Vorschriften (§ 212) wird die persönliche Haftung des Gesellschafters, die ohne das Zusammentreffen von Gesellschafts- und Privatkonkurs primär für die ganze Gesellschaftsschuld besteht (§ 128 H.G.B.), für den Fall des Zusammentreffens der Konkurse auf eine Haftung für den Ausfall im Gesellschaftskonkurse herabgesetzt. Das hat seinen Grund darin, dafs der einzelne Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld aus seinem Privatvermögen zahlt, von der Gesellschaft Ersatz verlangen kann (§ 110 H.G.B.).

Daher sind die Vorschriften, die der § 212 für die im § 209 aufgeführten Gemeinschaften zur gesamten Hand aufstellt, ent-

---

eröffnet ist. In der Vorlage des zuletzt erwähnten Gesetzentwurfs an den Bundesrat war das ausdrücklich gesagt. Es versteht sich aber von selbst, weil die persönliche Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auf seiner Gesellschaftereigenschaft beruht.

[10] Unrichtig Kohler, Leitfaden S. 96, 190 ff. Dagegen Jäger a. a. O. S. 152.

[11] Vgl. Behrend, Lehrb. d. H.R. I S. 592 N. 22, Jäger a. a. O. S. 148. Ungenau Oetker, Grundb. I S. 188. Unrichtig Keyfsner, Ztschr. f. H.R. XXX S. 541.

sprechend anzuwenden auf alle Fälle, wo ein Konkurs über das Vermögen einer solchen Gemeinschaft mit einem Konkurse über das Vermögen eines persönlich haftenden Gemeinschafters zusammentrifft, wenn dieser für Zahlung von Gemeinschaftsschulden aus seinem Privatvermögen von der Gemeinschaft Ersatz verlangen kann [12].

Eine ähnliche Situation ergiebt sich in Ansehung der Nachlafsgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet (§§ 2005, 2006 B.G.B.), im Konkurse über das Vermögen des Erben, wenn auch über den Nachlafs der Konkurs eröffnet oder wenn eine Nachlafsverwaltung angeordnet ist. Solche Nachlafsgläubiger können ihre Forderungen sowohl im Nachlafskonkurs oder bei der Nachlafsverwaltung als auch im Konkurs über das Vermögen des Erben geltend machen. Im Interesse der Gläubiger des Erben, die sich am Nachlafskonkurse nicht beteiligen können, ist aber das Verhältnis der Nachlafsgläubiger zu den anderen Gläubigern des Erben im Nachlafskonkurs ähnlich geregelt, wie das der absonderungsberechtigten Gläubiger zu den sonstigen Konkursgläubigern und dadurch die unbeschränkte Haftung des Erben herabgesetzt auf die Haftung für den Ausfall im Nachlafskonkurs (§ 234 Abs. 1). Verzichtet der Gläubiger auf die Beteiligung am Nachlafskonkurse, so kann er im Erbenkonkurse für den ganzen Betrag seiner Forderung verhältnismäfsige Befriedigung verlangen. Der Verzicht kann sich auf eine Quote beschränken. Er mufs gegenüber dem Verwalter des Nachlafskonkurses erklärt und dem Verwalter des Erbenkonkurses nachgewiesen werden. Die Unterlassung der Beteiligung am Nachlafskonkurse steht dem Verzichte nicht gleich, solange die Beteiligung am Nachlafskonkurs noch möglich ist; sonst könnte die Beschränkung auf den Ausfall vereitelt werden. Sind mehrere Erbenkonkurse eröffnet, so kommen die Vorschriften des § 68 zur Anwendung, wenn die Miterben persönlich als Gesamtschuldner haften.

Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlafs zum Gesamtgute, so haftet für die Nachlafsverbindlichkeiten, da sie Gesamtgutsverbindlichkeiten geworden sind, der Ehemann auch persönlich (arg. §§ 1459, 1461 B.G.B.). Daher können, wenn über das Vermögen des Mannes der Konkurs eröffnet wird, die Nachlafs-

[12] Die entsprechende Anwendung auf den Fall, wo die Gemeinschafter nicht als Gesamtschuldner, sondern pro parte haften, z. B. bei der Rhederei, ergiebt, dafs die Gemeinschaftsgläubiger im Privatkonkurse ihre Teilforderungen nur als Ausfallsforderungen geltend machen können.

gläubiger, denen der Mann unbeschränkt haftet, ihre Forderungen sowohl in diesem Konkurs, als in dem auf den Nachlafs bezüglichen Verfahren (Nachlafskonkurs oder Nachlafsverwaltung) geltend machen. Das Verhältnis ist hier dasselbe, wie wenn über das Vermögen des Erben Konkurs eröffnet wird. Daher werden die Gläubiger mit unbeschränkter Haftung auch im Konkurse über das Vermögen des Mannes auf die Forderung des im Nachlafskonkurs erlittenen Ausfalls beschränkt etc. (§ 234 Abs. 2).

Die Vorschriften des § 234 Abs. 1 finden ferner entsprechende Anwendung in dem Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn auch über das Gesamtgut das Konkursverfahren eröffnet oder eine Gesamtgutsverwaltung nach Art der Nachlafsverwaltung angeordnet wird (vgl. § 1489 B.G.B. mit §§ 1975 ff. B.G.B., § 236 K.O.). In dem Konkurse über das Vermögen des überlebenden Ehegatten können also die Gesamtgutsgläubiger, denen der überlebende Ehegatte unbeschränkt haftet, ihre Forderungen nur in der oben bezeichneten Weise, d. i. mit dem Betrage des Ausfalls geltend machen, den sie im Gesamtgutskonkurse erleiden.

4. Die Forderung mufs zur Zeit der Konkurseröffnung begründet sein. Eine Forderung ist begründet, wenn die sämtlichen Momente des Thatbestandes gegeben sind, an den das materielle Recht (Privatrecht oder öffentliches Recht) die Entstehung der Forderung knüpft. Es genügt nicht, dafs die Forderung aus einem vor der Konkurseröffnung vorhandenen Rechtsverhältnisse entsteht, wenn die die Forderung begründenden Umstände erst nachher eingetreten sind.

Im einzelnen ergiebt sich:

a) Betagte Forderungen[13] sind schon zur Zeit der Konkurseröffnung begründet, können daher im Konkurse geltend gemacht werden; verzinsliche zu ihrem vollen Nennwert, unverzinsliche zu dem Betrage, der mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrag der Forderung gleichkommt (§ 65)[14]. Diese Be-

[13] Betagte Forderungen sind auch diejenigen, deren Fälligkeit von einer Kündigung abhängt.

[14] Die fiktive Ausdrucksweise des § 65 Abs. 1 „Betagte Forderungen gelten als fällig" darf nicht gepreſst werden; das Gesetz bestimmt nicht, dafs jede Konkursforderung fällig wird, sondern nur, dafs sie trotz der Betagung im Konkurse geltend gemacht werden kann. Gegenüber einem Mitverpflichteten, der sich nicht im Konkurse befindet, wird die Forderung nicht fällig;

rechnung setzt einen bestimmten Fälligkeitstermin voraus (dies certus an certus quando); ist der Termin unbestimmt (dies certus an incertus quando), so ist der Wert der Forderung nach freiem Ermessen zu schätzen (§ 69).

Ansprüche auf wiederkehrende erst nach der Konkurseröffnung fällig werdende Leistungen sind Konkursforderungen nur, wenn die Leistung nicht Vergütung für eine nach der Konkurseröffnung erfolgende Leistung an den Gemeinschuldner oder an den Verwalter ist. Daher sind der Anspruch des Vermieters oder Verpächters auf den Miet- oder Pachtzins für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens und der Anspruch des Versicherers für die auf diese Zeit entfallende Prämie keine Konkursforderungen.

Wegen der seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen s. u. S. 57 bei litt. a.

Der Anspruch auf Gewährung einer Leibrente (§§ 759 bis 761 B.G.B.), mag er auf Vertrag oder auf Verfügung von Todeswegen beruhen, ist Konkursforderung auch in Ansehung der nach der Eröffnung des Verfahrens fällig werdenden Beträge.

Ebenso der gesetzliche Anspruch auf Entrichtung einer Geldrente nach §§ 843 bis 845 B.G.B. oder nach § 7 des Haftpflichtgesetzes in der Fassung des Art. 42 E.G. z. B.G.B. Es ist nicht erforderlich, dafs die Verpflichtung zur Entrichtung einer solchen Rente vor der Konkurseröffnung durch Urteil festgestellt worden ist.

Ansprüche auf die nach §§ 912 bis 918 B.G.B. als Entschädigung für einen Überbau oder einen Notweg zu entrichtende Geldrente und Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus Reallasten (§§ 1105 ff. B.G.B.) können als Konkursforderungen nur insoweit in Betracht kommen, als der Gemeinschuldner auch per-

---

vgl. R.G. Entsch. III S. 356. Die Forderung eines Absonderungsberechtigten als solche wird ebenfalls nicht fällig, sondern nur die etwaige Ausfallsforderung. — Der gesetzliche Zinsfufs beträgt 4% (§ 246 B.G.B.) und bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5% (§ 352 H.G.B.) auf das Jahr. — Über die verschiedenen, an die Namen Carpzow, Leibnitz, Hoffmann anknüpfenden Methoden, den Zwischenzins (interusurium) zu berechnen s. Windscheid, Pand. II § 274 N. 4, Dernburg, Pand. II § 37 N. 4. Die K.O. folgt, wie das B.G.B. §§ 1133, 1217 Abs. 2, der Hoffmann'schen Methode. Ist x der zu ermittelnde Betrag, n der volle Betrag der Forderung, a die Zahl der Tage von der Konkurseröffnung bis zur Fälligkeit, so ergiebt sich bei 4% Zinsen: $n = x \times \frac{x\ 4\ a}{365 \cdot 100}$; $36500\ n = 36500\ x \times x\ 4\ a$; $x = \frac{36500\ n}{36500 + 4a}$.

sönlich haftet. Da er nur für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen persönlich haftet (§§ 914 Abs. 3, 1108 B.G.B.), können Ansprüche auf nach der Konkurseröffnung fällig werdende Leistungen nur Konkursforderungen sein, wenn sie vor der Veräufserung des Grundstücks fällig werden. Wegen des für diese Forderungen bestehenden Absonderungsrechts können sie als Konkursforderungen nur bei Verzicht auf das Absonderungsrecht oder in der Höhe des Ausfalls geltend gemacht werden. Mit diesen Einschränkungen sind aber die Ansprüche auf die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Leistungen Konkursforderungen.

Unterhaltsansprüche, die einem Ehegatten, einem Verwandten oder einem unehelichen Kinde kraft Gesetzes (§§ 1351, 1352, 1360, 1361, 1578 bis 1583, 1586, 1601 bis 1615, 1708 bis 1714 B.G.B.) gegen den Gemeinschuldner zustehen, und die den Unterhaltsansprüchen gleichgestellten gesetzlichen Ansprüche der Mutter des unehelichen Kindes nach §§ 1715, 1716 B.G.B. können für die Zeit nach Eröffnung des Konkurses nicht geltend gemacht werden; dies gilt auch für die im Voraus zu bewirkenden Leistungen, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens fällig waren (§ 3 Abs. 2). Dieser Bestimmung, die eine alte Streitfrage im Sinne der herrschenden Lehre entscheidet, liegt die Anschauung zu Grunde, dafs derartige Ansprüche mit dem Eintritt des jeweiligen Bedürfnisses neu entstehen, wenngleich das Verhältnis, vermöge dessen der Gemeinschuldner unterhaltspflichtig ist, schon vor der Konkurseröffnung bestanden hat. Der Umstand, dafs die Unterhaltsverpflichtung durch Entrichtung einer Geldrente zu erfüllen ist (§§ 1361, 1580, 1612 B.G.B.), ändert an der Natur der Ansprüche nichts. Ebensowenig die Feststellung durch Vertrag oder durch Urteil.

In dem Konkurse des Erben und in dem Konkurse über den Nachlafs des Verpflichteten können die bezeichneten Ansprüche auch für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens geltend gemacht werden (§§ 3 Abs. 2, 226 Abs. 1). Natürlich nur, soweit sie nicht durch den Tod des Verpflichteten erloschen sind (vgl. §§ 1615, [1360 Abs. 3], 1712 B.G.B.). Die gesetzlichen Unterhaltsansprüche, die den Tod des Verpflichteten überdauern, entstehen von diesem Zeitpunkt an nicht mehr neu nach Bedürfnis und Leistungsfähigkeit, sondern sie werden nach den Verhältnissen bemessen, die zur Zeit des Todes des Verpflichteten bestehen, und belasten in diesem Umfang den Nachlafs bzw. den Erben. Es entfällt daher im Erben-

und im Nachlafskonkurs der Grund, der dazu führt, die Geltendmachung jener Ansprüche auf die Zeit vor der Konkurseröffnung zu beschränken[15].

Unterhaltsansprüche, die auf Rechtsgeschäft (Vertrag oder Verfügung auf den Todesfall) beruhen, sind nicht grundsätzlich für die Zeit nach der Konkurseröffnung ausgeschlossen. Man wird unterscheiden müssen. Ist die Verpflichtung nach dem Rechtsgeschäfte unabhängig von Bedürfnis und von Leistungsfähigkeit (und das ist im Zweifel anzunehmen), so ist der Anspruch wie eine Leibrente zu behandeln. Anderenfalls wie ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch, da die Rechtslage dieselbe ist, wie bei den gesetzlichen Unterhaltsansprüchen.

Soweit hiernach Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens Konkursforderungen sind, sind die Leistungen zu kapitalisieren und die Ansprüche in dieser Gestalt im Konkurse geltend zu machen. Sind die Leistungen nach ihrem Betrage und nach ihrer Zeitdauer bestimmt, so werden sie unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 65 Abs. 2) durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisiert. Der Gesamtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinsfufs kapitalisierten Betrag derselben nicht übersteigen (§ 70). Sind die Leistungen nach ihrem Betrage oder nach ihrer Zeitdauer unbestimmt, so sind sie nach ihrem wahrscheinlichen Werte in Geld anzuschlagen (§ 69). Die Veranschlagung ist zunächst Sache des Gläubigers. Wird dem angemeldeten Betrage widersprochen, so erfolgt die Feststellung nach § 146[16].

Die aus Anlafs der Geltendmachung im Konkurse vollzogene und festgestellte Kapitalisierung eines Anspruchs auf wieder-

---

[15] Vgl. Begr. d. Nov. S. 51, Komm.-Ber. dazu S. 6 ff. — Aus dem Texte folgt, dafs ein uneheliches Kind in diesen Konkursen seinen Unterhaltsanspruch für die ganze Zukunft geltend machen kann. Für die anderen Unterhaltsansprüche ist die Sache blofs in Ansehung der im Zeitpunkt der Konkurseröffnung fälligen Leistungen für die spätere Zeit bedeutsam (arg. § 1615 B.G.B.).

[16] Eine Abänderung der im Prüfungstermine oder später erfolgten Feststellung kann nach Analogie des § 323 C.Pr.O. im Wege der Klage verlangt werden, wenn eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, welche für die Festsetzung der Leistungspflicht oder für die Kapitalsveranschlagung mafsgebend waren. Dies kann insbesondere bei den Ansprüchen auf Entrichtung einer Geldrente nach §§ 843 bis 845 B.G.B. oder nach § 7 Haftpfl.-Ges. vorkommen. Zu dem Verlangen ist berechtigt, wer die Konkursforderung bestreiten kann.

kehrende Leistungen bleibt auch nach Beendigung des Konkurses maſsgebend. Weder der Gläubiger noch der Schuldner kann einseitig die Kapitalisierung rückgängig machen.

b) Forderungen unter einer auflösenden Bedingung sind Konkursforderungen und werden im Konkursverfahren wie unbedingte geltend gemacht (§ 66). Tritt die Bedingung während des Konkurses ein, so endigt die Forderung (§ 158 Abs. 2 B.G.B.). Die Beendigung kann der Verwalter je nach der Lage des Verfahrens durch Bestreiten der Forderung oder durch Widerspruchsklage gegen die festgestellte Forderung (§ 767 C.Pr.O.) geltend machen. Hat eine Verteilung stattgefunden, so kann der Verwalter das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zur Masse zurückfordern. Tritt die Bedingung nach Beendigung des Konkurses ein, so haben die einzelnen Konkursgläubiger, die durch die Konkurrenz des Gläubigers mit der bedingten Forderung in der Konkursdividende beeinträchtigt wurden, ein Rückforderungsrecht.

Hatte der Gemeinschuldner das Recht, die Erfüllung von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig zu machen, so darf der Verwalter die Konkursdividende nicht auszahlen, bevor die Sicherheit geleistet ist (§ 168 Nr. 4). Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ist als Einwendung gegen die Forderung im Prüfungstermine geltend zu machen. Räumt der Gläubiger die Verpflichtung nicht ein, so ist die Forderung so, wie sie angemeldet ist, bestritten; der Streit ist nach § 146 auszutragen[17].

c) Forderungen unter aufschiebender Bedingung sind ebenfalls Konkursforderungen[18], berechtigen aber nur zu einer Sicherung (§ 67). Dieses Recht auf Sicherung besteht im Konkurse, auch wenn der Gläubiger aufserhalb des Konkurses keine Sicherung verlangen kann. Es besteht auch, wenn die Bedingung bereits entschieden, das Ergebnis aber noch unbekannt ist[19].

Die bedingte Forderung ist zu ihrem vollen Betrag (arg. § 154

---

[17] Vgl. die Mot. S. 279. A. M. Oetker, Grundbegr. I S. 462, der eine Feststellungsklage nach § 256 C.Pr.O. für nötig erachtet, weil die Anmeldung nicht Befriedigung, sondern Feststellung verlange. Dies ist aber nicht richtig. Die Anmeldung verlangt Teilnahme an der konkursmäfsigen Befriedigung.

[18] So auch nach dem früheren gem. Recht. Vgl. Salgado I 8 nr. 26ff., Brunnemann c. 2 § 7, Dabelow S. 527, Bayer § 52, Fuchs, Concursverf. S. 43 N. 1.

[19] Vgl. Entw. IIa e. B.G.B. Anm. 2 zu § 133; Komm.Prot. (Achilles) 1. Lief. S. 182.

Abs. 1) im Konkurse geltend zu machen, aber als bedingte. Wird sie als unbedingte geltend gemacht, so kann sie bestritten werden. Der Streit ist nach § 146 auszutragen.

Das Stimmrecht in der Gläubigerversammlung bemifst sich nach § 96. Bei einer Abschlagsverteilung wird die bedingte Forderung zu dem Betrage berücksichtigt, der auf die unbedingte Forderung fallen würde (§ 154 Abs. 1); der Anteil wird aber nicht ausbezahlt, sondern zurückbehalten, bis der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird (§ 168 Nr. 2). Bei der Schlufsverteilung wird die bedingte Forderung ebenfalls mit ihrem vollen Betrage berücksichtigt und der Anteil bis zur Entscheidung der Bedingung hinterlegt; die Berücksichtigung ist jedoch hier ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung so entfernt ist, dafs die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat (§ 154 Abs. 2)[20]. Wenn der Konkursverwalter eine bedingte Forderung aus diesem Grunde bei der Schlufsverteilung nicht berücksichtigt, so kann der Gläubiger dadurch, dafs er Einwendungen gegen das Schlufsverzeichnis erhebt, eine Entscheidung des Konkursgerichts darüber herbeiführen (§ 162).

Bei Eintritt der Bedingung erhält der Gläubiger die Stellung eines Gläubigers mit unbedingter Forderung. Die Dividende ist ihm also auszuzahlen. Verweigert der Verwalter nach Eintritt der Bedingung die Auszahlung, so stehen dem Gläubiger dieselben Rechte zu, wie einem anderen Gläubiger, dem der Verwalter die auf ihn entfallende Dividende verweigert.

Bei Ausfall der Bedingung hört die Forderung auf und damit die Berechtigung des Gläubigers zur Teilnahme am Konkursverfahren. Zurückbehaltene Anteile werden für die Schlufsverteilung verfügbar. Streitigkeiten darüber, ob die Bedingung ausgefallen ist, sind nach §§ 158, 162 auszutragen. Hat die Schlufsverteilung stattgefunden, so bleibt nur Beschwerde gegen den Gerichtsbeschlufs übrig, der wegen Ausfalls der Bedingung eine Nachtragsverteilung anordnet.

Bedingte Forderung und als solche im Konkurse geltend zu machen ist auch die Forderung, die einem Mitschuldner des Gemeinschuldners oder jemandem, der sich für den Gemeinschuldner verbürgt hat, gegen den Gemeinschuldner für den Fall zusteht, dafs der Mitschuldner oder der Bürge den Gläubiger befriedigt, vorausgesetzt, dafs das Regrefsrecht auf einem zur Zeit der Konkurseröffnung bereits begründeten Rechtsverhältnis des Regrefs-

[20] Vgl. § 1986 Abs. 2 B.G.B.

nehmers zu dem Gemeinschuldner beruht, z. B. auf Gesellschaft, auf Auftrag oder auf Ausstellung, Indossierung oder Accept eines Wechsels. Ergiebt sich dagegen das Regreſsrecht nur zufolge des vertragsmäſsigen oder gesetzlichen Übergangs der Forderung auf den Regreſsberechtigten („ex iure cesso"), dann besteht vor dem Übergang auch nicht ein bedingtes Forderungsrecht gegen den Gemeinschuldner; eine Beteiligung des Regredienten am Konkurse ist nur in der Weise möglich, daſs er als Rechtsnachfolger des befriedigten Gläubigers die Forderung anmeldet oder, wenn sie von diesem angemeldet war, an dessen Stelle eintritt[21].

Neben dem Gläubiger, durch dessen Befriedigung der Mitschuldner oder der Bürge ein Regreſsrecht gegen den Gemeinschuldner erlangen kann, darf sich dieser nicht am Konkurse beteiligen; denn der Gemeinschuldner schuldet den Betrag nur einmal. Der bedingt Berechtigte muſs hinter dem unbedingt Berechtigten zurückstehen[22]. Daher hat der eventuell Regreſsberechtigte ein Recht auf Sicherung seiner bedingten Forderung nur unter der Voraussetzung, daſs sich nicht der Gläubiger am Konkurse beteiligt. Macht er sein Recht auf Sicherung neben dem Gläubiger geltend, so kann es mit Erfolg bestritten werden. Ebenso, wenn er nicht anerkennt, daſs seine Teilnahmeberechtigung davon abhängt, daſs sich nicht der Gläubiger weiterhin am Konkurse beteiligt. Der eventuelle Regreſsanspruch kann nur als ein solcher festgestellt werden, der wegfällt, wenn der Gläubiger sich beteiligt.

Als bedingte Forderung können Ansprüche aus den in §§ 2177, 2178 B.G.B. angeführten Vermächtnissen geltend gemacht werden, wenn der Erbfall vor der Konkurseröffnung liegt. Zwar fallen diese Vermächtnisse erst mit dem Eintritt der Bedingung des Termins etc. an; aber für die Zeit zwischen dem Erbfalle und dem Anfalle kommt dem Bedachten die Stellung eines Gläubigers

---

[21] Über das frühere gem. Recht s. Günther, Konkurs S. 61, Girtanner, Bürgschaft S. 529 ff., Wendt, Das bedingte Forderungsrecht S. 10 ff., S.A. XI Nr. 318, XXVII Nr. 284, speciell über Wechselregreſsrechte Entsch. des R.O.H.G. XXIV S. 1 ff., preuſs. O.Tr. Nr. XXX Nr. 174. — Die preuſs. K.O. v. 1855 § 86 schloſs die eventuell Regreſsberechtigten positiv aus; vgl. dazu Strieth. Arch. XLI S. 329, XLIII S. 146. XLVI S. 323. Gegen diesen Standpunkt polemisieren die Mot. S. 282 f.

[22] Vgl. R.G.Entsch. IX S. 75, XIV S. 172 (verein. C.S.). Unrichtig R.G.-Entsch. VII S. 80. Vgl. a. Code de comm. art. 538, 544 (i. d. Fass. d. Fall.-Ges.); öst. K.O. § 18 Abs. 2.

zu, der eine Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung hat (arg. § 2179 B.G.B.).

Dadurch, dafs die Erfüllung der Bedingung von dem Gemeinschuldner abhängt, wird die Geltendmachung der bedingten Forderung im Konkurse nicht ausgeschlossen. Nur wenn als Bedingung das pure Wollen des Gemeinschuldners oder eine Handlung gesetzt ist, die nichts anderes als der Ausdruck dieses Wollens ist, ist die Forderung keine Konkursforderung, und zwar weil in diesen Fällen die Forderung erst durch die Willenserklärung des Gemeinschuldners begründet wird[23]. Hiernach kann der Anspruch auf eine noch nicht verfallene Vertragsstrafe als bedingte Forderung im Konkurse geltend gemacht werden, wenn die Strafe während des Konkurses verfallen kann. Dies ist möglich, wenn die Verbindlichkeit, auf deren Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung die Strafe gesetzt ist, keine Konkursforderung ist, weil sie nicht aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu erfüllen ist, z. B. eine Verbindlichkeit zu persönlichen Dienstleistungen. Es ist nicht möglich, wenn die durch das Strafversprechen gesicherte Forderung eine Konkursforderung ist; denn die Strafe verfällt nicht dadurch, dafs die Verbindlichkeit vom Verwalter nur nach Mafsgabe des Konkursrechts erfüllt wird, und sie kann auch nicht dadurch zu Lasten der Konkursmasse verfallen, dafs der Gemeinschuldner unterläfst, sie aus seinem konkursfreien Vermögen zu erfüllen[24]. Steht jedoch dem Gläubiger ein als Konkursforderung geltend zu machender Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens im Konkurse anmelden (arg. § 340 Abs. 2 B.G.B.). Dies ist der Fall, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags ablehnt (§§ 17, 20 Abs. 2)[25].

Der Anspruch einer Partei auf Erstattung von Prozefskosten ist durch die die Kosten verursachende Handlung begründet unter

---

[23] Vgl. Fitting § 8 N. 24, Endemann S. 493, Oetker, Grundbegr. I S. 157, teilweise auch Petersen u. Kleinfeller § 60 N. 3. A.M. die Mot. S. 279, wonach eine Bedingung, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellt ist, die Forderung von der Teilnahme am Konkurse ausschliefsen soll, weil jede Rechtshandlung, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist. Aber die die Bedingung erfüllende Handlung oder Unterlassung dürfte nicht als Rechtshandlung im Sinne des § 7 zu erachten sein.

[24] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 154.

[25] Vgl. R.G.Entsch. XXI S. 6, XXVI S. 94.

der Bedingung, dafs der Gegner zur Kostentragung rechtskräftig verurteilt wird oder sich dazu verpflichtet. Hiernach ist der Anspruch auf Erstattung von Kosten für Handlungen, die nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen werden, keine Konkursforderung, wogegen der Anspruch auf Erstattung von Kosten, die vor der Eröffnung erwachsen sind, als bedingte Forderung im Konkurse geltend gemacht werden kann, wenn die Erstattungspflicht des Gemeinschuldners noch nicht feststeht. Die Bedingung kann nur durch die nachträgliche Verurteilung des Gemeinschuldners in die Kosten erfüllt werden, da eine vertragsmäfsige Übernahme durch den Gemeinschuldner gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam ist (§ 7). Ob und wie der Liquidant die Verurteilung herbeiführen kann, ist eine Frage für sich. Prozesse, die durch die Konkurseröffnung nicht berührt werden, können fortgeführt werden; auch unterbrochene Prozesse können unter Umständen von dem und gegen den Gemeinschuldner betrieben werden. Bei Eintritt des Verwalters in den Prozefs sind alle Kosten Masseschulden, wenn der Verwalter zur Tragung der Kosten verurteilt wird. Wegen der Kosten, die den einzelnen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Konkursverfahren erwachsen s. u. S. 57 litt. b.

Entsprechend verhält es sich mit den Ansprüchen des Staates auf Gerichtskosten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen. Solche Ansprüche entstehen aus der Vornahme gewisser Handlungen, entweder unbedingt oder bedingt durch eine nachfolgende, die Kostenpflicht aussprechende Entscheidung (vgl. G.K.G. §§ 86 bis 92). Soweit die Kostenpflicht von einer Entscheidung abhängt, kann die Forderung im Konkurse nur als bedingte geltend gemacht werden, wenn die Entscheidung erst nach der Eröffnung des Verfahrens erlassen oder rechtskräftig wird. Soweit dagegen die Kostenpflicht von der Übernahme der Kosten oder von der Abforderung eines Vorschusses abhängt, ist der Anspruch keine Konkursforderung, wenn die Übernahme oder die Abforderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgt.

d) Konkursforderung ist der Anspruch aus einem Wechsel, den der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung acceptiert hatte, auch wenn die Unterschrift des Trassanten und der sonstige zur Ausfüllung nötige Inhalt des Wechsels erst nach der Eröffnung des Verfahrens beigefügt worden ist. Zwar gehört die Ausfüllung zur Entstehung der Wechselverbindlichkeit; aber der Acceptant hat sich durch das Blancoaccept verpflichtet, sich so

behandeln zu lassen, wie wenn er einen fertigen Wechsel acceptiert hätte, und kann daher dem Nehmer des Blancoaccepts und seinen Nachmännern nicht entgegenhalten, dafs der Wechsel erst später fertig geworden ist. Daran wird durch die Konkurseröffnung nichts geändert[26].

5. Wird über das Vermögen mehrerer Personen, welche neben einander auf das Ganze haften (Gesamtschuldner, vgl. §§ 421, 431 B.G.B. oder Hauptschuldner und selbstschuldnerischer Bürge vgl. § 773 Abs. 1 Nr. 1 B.G.B.) Konkurs eröffnet, so kann der Gläubiger in jedem der Konkurse die Forderung auf die ganze Leistung geltend machen, die er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hat[27]. Dies ergiebt sich aus dem Wesen der Gesamtschuld (§ 421 B.G.B.). Mit dem zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Betrage bleibt der Gläubiger in jedem der mehreren Konkurse Konkursgläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung. Die nach der Konkurseröffnung aus dem anderen Konkurse oder sonstwoher geleisteten Teilzahlungen werden bei der Berechnung der Konkursdividende nicht abgezogen. Erst wenn der Gläubiger vollständig befriedigt ist, erlischt mit seiner Forderung auch das Recht, sich am Konkurse zu beteiligen (§ 68).

Entsprechend verhält es sich, wenn über das Vermögen eines von mehreren neben einander auf das Ganze haftenden Personen Konkurs eröffnet wird. Der Gläubiger kann in dem Konkurse seine Forderung auf die ganze Leistung geltend machen, die er zur Zeit der Konkurseröffnung zu fordern hat, und bleibt ohne Rücksicht auf spätere Teilzahlungen mit diesem Betrage Konkursgläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung (§ 68).

Die Besonderheit gegenüber dem aufserhalb des Konkurses geltenden Rechte liegt darin, dafs die nach der Konkurseröffnung erfolgende teilweise Erfüllung der Schuld die Forderung gegen den Gesamtschuldner nicht mindert, während aufserhalb des Konkurses jede Teilzahlung die Forderung gegenüber den übrigen Schuldnern reduziert (arg. § 422 Abs. 1 B.G.B.). Aus dem Wesen der Gesamtschuld folgt diese Besonderheit nicht; aber sie entspricht der Billigkeit; denn ohne die Vorschrift des § 68 müfste

---

[26] Vgl. v. Wilmowski § 2 N. 1 III, Petersen u. Kleinfeller § 2 N. IV 3, Oetker, Grundbegr. I S. 153, pr. O.Tr. Strieth. Arch. LX S. 292, R.O.H.G. Entsch. XIV S. 54 ff.

[27] Was er vorher als Teilzahlung aus dem anderen Konkurse oder sonst woher erhalten hat, mufs er abziehen.

der Gläubiger bei Insolvenz aller Schuldner immer einen Verlust erleiden, auch wenn die mehreren Konkursmassen zusammen mehr als 100 Prozent Dividende ergeben[28].

Wurde dem Gläubiger aus einer Konkursmasse mehr bezahlt als seine Forderung beträgt, so kann der Verwalter desjenigen Konkurses, aus welchem die Zuvielzahlung erfolgte, den Überschufs als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

Das Regrefsrecht einer Konkursmasse gegen die andere oder gegen den nicht im Konkurse befindlichen Mitschuldner (vgl. §§ 426, 774 B.G.B.) ist durch die Vorschrift des § 68 nicht berührt.

Haftet dem Gläubiger aufser den Mitschuldnern ein Gegenstand, so kommt für das Konkursverfahren, zu dessen Masse dieser Gegenstand gehört, neben dem § 68 auch der § 64 zur Anwendung.

6. Durch positive Bestimmung sind von der Teilnahme am Konkurse ausgeschlossen und daher keine Konkursforderungen:

a) der Anspruch auf die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen, einerlei ob der Anspruch auf Vertrag oder auf Gesetz beruht (§ 63 Nr. 1);

b) der Anspruch auf Erstattung der Kosten, die den einzelnen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren erwachsen (§ 63 Nr. 2). Dazu gehören die Kosten des Eröffnungsantrags;

c) der Anspruch auf eine Geldstrafe (§ 63 Nr. 3), einerlei ob die Strafe Kriminal-, Disciplinar-, Zwangs- oder Ordnungsstrafe ist. Auch Strafen, die von einer Korporation gegen ihre Mitglieder verhängt werden, gehören dazu, soweit sie nicht Vertragsstrafen im Sinne des § 339 B.G.B. sind.

Keine Geldstrafe ist die Einziehung[29] und die Verfallserklärung, auch wenn an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes der Wert tritt[30]. Ebensowenig die Bufse, weil sie Entschädigung, wenn auch mit pönaler Färbung ist.

---

[28] Zu der erst von der Reichstagskommission K.Pr. S. 55 ff., 131 beschlossenen Ausdehnung der Vorschrift auf den Fall des Konkurses eines Mitschuldners liegt eigentlich kein Bedürfnis vor.

[29] §§ 40, 295, 296a, 360 Abs. 2, 367 Abs. 2, 369 Abs. 2 St.G.B. und andere Gesetze. Die Einziehung kann ein Aussonderungsrecht begründen.

[30] § 335 St.G.B.; Art. 11 B.G. betr. d. Erheb. e. Abg. v. Salz vom 12. Okt. 1869 (B.G.Bl. S. 41); Art. 6 d. G. betr. d. Sicherung der Zollvereinsgrenze v. 1. Juli 1869 (B.G.Bl. S. 356). Die Forderung des Wertes ist Surrogat des nicht zu realisierenden Eigentums; vgl. Nissen, Die Einziehung, in Strafsb. Festg. f. Plank S. 106 ff. — A.M. Oetker, Grundbegr. I S. 163 u. a.

Die Geldstrafen sind ausgeschlossen, weil sie die konkurrierenden Gläubiger mehr als den Schuldner träfen[31].

d) Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen (§ 63 Nr. 4). Die Ausschliefsung beruht auf Billigkeitserwägungen. Die Gläubiger, deren Forderung auf Freigebigkeit beruht, sollen die anderen Gläubiger nicht in der Dividende schmälern.

Nicht jede unentgeltliche Zuwendung ist Freigebigkeit, sondern nur diejenige, welche in der Absicht erfolgt, den Erwerber aus dem Vermögen des Zuwendenden zu bereichern. Dazu gehören die Stiftung (§ 82 B.G.B.), die Schenkung (§§ 516, 517 B.G.B.), das Vermächtnis (§ 1939 B.G.B.) und nach Umständen die Zuwendung durch Auflage (§§ 524, 1940 B.G.B.). Auf den Grund, der den Zuwendenden zu der Freigebigkeit bestimmt (Wohlthätigkeit, Dankbarkeit, Eitelkeit, egoistisches Interesse etc.) kommt es nicht an. Die sog. Gelegenheitsschenkung ist nicht ausgenommen. Das Versprechen des Vaters oder der Mutter, der Tochter eine Aussteuer zu gewähren, ist kein Schenkungsversprechen, wenn der Versprechende zu der Gewährung verpflichtet ist (arg. § 1620 B.G.B.). Das Versprechen, dem Kinde eine Ausstattung zu geben, ist insoweit Schenkungsversprechen, als die versprochene Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Mafs übersteigt (§ 1624 Abs. 1 B.G.B.). Das Versprechen einer Aussteuer oder einer Ausstattung, das ein Anderer als der Vater oder die Mutter giebt, ist stets Schenkungsversprechen.

Die Zuwendung eines Wittums oder Leibgedings in einem Ehe- oder Erbvertrag ist Schenkung oder Vermächtnis, wenn sie unentgeltlich aus dem Vermögen des Zuwendenden erfolgt[32].

Da nur die Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners ausgeschlossen sind, können solche Forderungen im Konkurse über das Vermögen des Erben geltend gemacht werden. Ob und wieweit der Erbe mit diesem Vermögen haftet, ist eine andere Frage.

Im Nachlafskonkurs können Forderungen auf die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen, auf die gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen und aus Freigebigkeiten des Erb-

---

[31] Vgl. Mot. S. 270. — Wegen des früheren Rechts s. Vangerow, Pand. III § 594.

[32] Vgl. die Mot. S. 271.

lassers geltend gemacht werden (§ 226 Abs. 2 Nr. 1 bis 3). Im Nachlafskonkurs können nämlich auch Pflichtteilsrechte, sowie Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen geltend gemacht werden (§ 226 Abs. 2 Nr. 4, 5). Vor diesen Verbindlichkeiten müssen aber die von dem Erblasser selbst herrührenden Schulden berichtigt werden. Daher sind die Gläubiger des Erblassers, die zu dessen Lebzeiten durch die Vorschrift des § 63 Nr. 1, 2, 4 vom Konkurse ausgeschlossen sind, zum Nachlafskonkurse zugelassen.

Die Vorschriften des § 226 finden im Konkurs über das Gesamtgut, der bei fortgesetzter Gütergemeinschaft eröffnet worden ist, entsprechende Anwendung (§ 236 Satz 1). Von den in § 226 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 aufgeführten Gläubigern sind jedoch die Zinsgläubiger (Nr. 1), die Geldstrafengläubiger (Nr. 2) und die Freigebigkeitsgläubiger (Nr. 3) durch die Vorschrift des § 236 Satz 2 wieder ausgeschlossen, wenn die Verbindlichkeit keine Gesamtgutsverbindlichkeit der ehelichen Gütergemeinschaft war. Die Gläubiger der Nr. 4 und der Nr. 5 sind Konkursgläubiger, soweit der Pflichtteil, das Vermächtnis etc. aus dem Gesamtgut geschuldet wird.

7. Keine Konkursgläubiger sind ausländische Gläubiger, die durch eine auf Grund des § 5 Abs. 2 erlassene Anordnung von der Teilnahme am Konkurse ausgeschlossen sind. Sonst stehen ausländische Gläubiger den inländischen gleich (§ 5 Abs. 1)[83].

Jene Anordnung kann unter Zustimmung des Bundesrats vom Reichskanzler erlassen werden, wenn der ausländische Staat die deutschen Gläubiger im Konkurse schlechter stellt als die einheimischen. Sie kann bestimmen, dafs gegen den ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger[84] ein Vergeltungsrecht (Retorsion) zur Anwendung gebracht wird. Die Vergeltung kann in Zurücksetzung oder Ausschliefsung bestehen.

Zur Zeit ist keine derartige Anordnung erlassen.

Wird Retorsion angeordnet, so ist sie als publizistische Mafs-

---

[83] Ebenso nach dem früheren gem. Recht. Partikularrechte setzten nicht selten ausländische Gläubiger zurück. Vgl. Stobbe, Z. Gesch. d. ält. d. Konk.Proz. § 15 N. 159, 160. Nach d. preufs. K.O. v. 1855 § 3 stand die Retorsion dem Gerichte zu. Vgl. a. öst. K.O. §§ 51, 52.

[84] Wohl nur die Sonderrechtsnachfolger, die die Forderung nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag erworben haben, da die Rechtsnachfolger nur deswegen einbezogen werden, um Schiebungen zu verhüten. Erwerb durch Indossament kommt hier als Rechtsnachfolge in Betracht. Nicht Erwerb eines Inhaberpapiers. Vgl. hierzu Oetker, Grundbegr. I S. 170f. Ausländische Rechtsnachfolger eines Inländers verfallen der Retorsion.

regel von Amtswegen anzuwenden. Die Anmeldung ist nicht in die Tabelle aufzunehmen und nicht zur Prüfung zu verstellen. Der Verwalter und die konkurrierenden Gläubiger können das Gericht darauf aufmerksam machen, aber nicht die Forderung aus diesem Grund bestreiten. Geht eine Forderung, nachdem sie im Konkurse bedingt oder unbedingt zugelassen ist, an einen Ausländer über, so ist die Zulassung durch Beschluſs des Konkursgerichts von Amtswegen aufzuheben.

Als Reichsrecht geht die Retorsionsanordnung Verträgen einzelner Bundesstaaten vor.

§ 13.

III. Die Rangordnung der Konkursgläubiger.

1. Die Gleichmäſsigkeit der Befriedigung der Konkursgläubiger erleidet Ausnahmen. Gewisse Forderungen werden bevorzugt. Die Zahl der Vorzugsrechte (privilegia exigendi), die die deutsche K.O. anerkennt, ist im Vergleich mit dem älteren Recht[1] klein. Jedes Vorzugsrecht gefährdet den Kredit und erschwert das Konkursverfahren. Die Verminderung der Vorzugsrechte ist rationell; aber einige Vorzugsrechte zum Schutze öffentlicher Interessen und zum Schutze von Kreditgebern, die nach den socialen Verhältnissen kreditieren müssen, sind nicht zu entbehren[2].

Die Rangordnung (§ 61) ist folgende:

Den ersten Rang haben die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens, im Nachlaſskonkurs vor dem Ableben des Gemeinschuldners, rückständigen Forderungen[3] an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen derjenigen Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirt-

[1] Darüber vgl. Gmelin, Die Ordnung d. Gläubiger nach dem römischen, deutschen und bes. würtemberg. Recht 1774, 5. Aufl. 1813, Dabelow S. 590 bis 641, Schweppe §§ 67 ff., Fuchs, Concursverf. S. 116. Die Privilegien sind teils römischen, teils deutschen Ursprungs. Über jene vgl. Vangerow, Pand. III § 593, über diese Stobbe, Zur Gesch. d. älteren d. Konkursrechts, S. 82—98. Eine Übersicht der vor der K.O. in Deutschland bestehenden Rangordnungen enthalten die Mot. S. 250 f. und Anlage I. Die älteren Rangordnungen sind dadurch kompliziert, daſs die Pfandgläubiger zumeist unter die Konkursgläubiger einbezogen wurden. Über die gebräuchliche Fünfklasseneinteilung s. o. S. 17.

[2] Vgl. Mot. S. 258. Hier wird die Beseitigung aller Vorzugsrechte als das zu erstrebende Ziel der Gesetzgebung bezeichnet. Die Richtigkeit dieser manchesterlichen Ansicht darf man bezweifeln.

[3] Ohne Rücksicht auf den Fälligkeitstermin.

schaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdungen[4] hatten[5].

Gleichen Rang mit dem Dienstlohn haben die Forderungen der Krankenkassen gegen die Arbeitgeber auf Zahlung der rückständigen Eintrittsgelder und Beiträge (R.G. betr. die Krankenversicherung der Arbeiter v. $\frac{15. \text{ Juni } 1883}{10. \text{ April } 1892}$, neue Redaktion s. R.G.Bl. 1892 S. 417, § 55 Abs. 2, vgl. §§ 65 Abs. 3, 72, 73), was damit zusammenhängt, dafs die Eintrittsgelder und zwei Drittel der Beiträge dem Arbeiter vom Lohne abgezogen werden dürfen.

Den zweiten Rang haben Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben[6], die im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 65 als fällig gelten[7]; es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschufsweise zur Kasse entrichtet hat.

Öffentliche Abgaben sind Beiträge zur Bestreitung öffentlichen Aufwandes, die vom Staate oder von staatlich ermächtigten Verbänden kraft der Finanzhoheit erhoben werden. In Gegensatz zu den öffentlichen Abgaben treten einerseits die Abgaben, die aus Privatrechtstiteln, aus dem Lehensverbande oder der Grundherrlichkeit herrühren, andererseits die Einnahmen, die sich der Staat oder ein staatlicher Verband durch Beteiligung an all-

---

[4] Einerlei ob auf Dauer oder vorübergehend. Nicht bei Werkverträgen.

[5] Dieses Vorzugsrecht ist altdeutschen Ursprungs. Nachweise s. bei Stobbe, D. Pr.R. III § 185 N. 17 und Z. Gesch. d. ält. d. K.Pr. § 16 N. 171, 172. Oft ist das Vorrecht auf die „gebröteten" Leute beschränkt, z. B. Nürnb. Ref. v. 1522 XI 5 § 3, v. 1564 XI 7, XXII 8, 9. Klagen auf Lidlohn waren im germ. Prozesse hinsichtlich des Beweises privilegiert; vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 26 ff., Planck, Gerichtsverfahren I S. 440 f., 447 ff., Schröder, Rechtsgesch. (2) S. 729. Ob nicht ein Zusammenhang zwischen dieser Privilegierung und dem Vorrecht im Konkurse besteht?

[6] Das Vorzugsrecht der öffentlichen Abgaben ist dem römischen Recht nachgebildet, das alle Forderungen des Fiskus mit Ausnahme der Geldstrafen, sowie die Forderungen der Städte privilegierte. Vgl. Paul. S.R. V, 12 § 10; l. 10 pr. D. de pact. 2, 14; l. 6 pr. D. de i. f. 49, 14; das Privilegium der Städte fand man in l. 38 § 1 D. de reb. auct. iud. 42, 5. — Nachweise des Vorrechts in deutschen Partikularrechten s. bei Stobbe, Z. Gesch. d. ält. d. K.Pr. § 16 N. 117.

[7] Es giebt indirekte Steuern, die erst einige Zeit nach der die Steuerpflicht begründenden Handlung fällig werden, so z. B. die Zuckersteuer, die Branntweinsteuer.

gemeinen volkswirtschaftlichen, wenn auch monopolisierten, Erwerben, verschafft. Der Begriff „öffentliche Abgabe“ umfafst sonach Steuern, Zölle und Gebühren[8].

Den dritten Rang haben die Forderungen der Kirchen[9] und Schulen[10], der öffentlichen Verbände[11] und der öffentlichen zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten[12] wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens.

---

[8] Vgl. G. v. Mayr, Öffentliche Abgaben in v. Stengels Wörterb. d. Verw. Rechts. In diesem Sinne würde wohl der § 61 Nr. 2 allerseits verstanden werden, wenn nicht die Mot. S. 256 sagten, dafs Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden an dem Privilegium nicht Teil haben. Das ist damit begründet, dafs dem Fiskus in dem Recht der sofortigen gerichtlichen oder verwaltungsmäfsigen Zwangsvollstreckung ein aufsergewöhnliches Hülfsmittel zu Gebot stehe, für die Kosten meist auch das Recht der vorschufsweisen Einziehung von dem Gegner des Schuldners (?); kein Privilegium sei so drückend, wie das des Fiskus wegen der Kosten. Diese Sätze sind den Mot. d. Entw. e. G.Sch.O. S. 332 nachgeschrieben, wo sie zur Begründung des Vorschlags dienen, die öffentlichen Abgaben überhaupt nicht zu bevorzugen. Die Litteratur und die Rechtsprechung folgen den Motiven. So die Kommentare, von denen nur Stieglitz S. 372 teilweise der abweichenden Ansicht folgt, die Lehrbücher von Fitting § 11 N. 8, Endemann S. 503, Kohler S. 333, ferner v. Völderndorff Ztschr. f. d. C.Pr. III S. 439, und die Praxis: R.G.Entsch. XXI S. 46 ff., Samml. v. Entsch. d. bayr. O.L.G. IX S. 432, 600, XII S. 476, Bl. f. R.A. LVIII S. 150. Es ist kein sachlicher Grund für die Scheidung aufzufinden. Das bayr. Ges. ü. d. Gebührenwesen v. 18. Aug. 1879 erklärt in Art. 1 die in diesem Gesetz vorgesehenen Gebühren ausdrücklich für öffentliche Abgaben. In den Mot. Verh. d. K. d. Abg. 1879 Beil. Bd. VII S. 81 ist auf die K.O. Bezug genommen. — Öffentliche Abgaben auf Grund Reichsgesetzes sind z. Z. die Zölle, die Salz-, Zucker-, Tabak-, Branntwein-, Brau-, Spielkartensteuer, die statistische Gebühr (R.G.Bl. 1879 S. 261), die Reichsstempelabgaben und die nach dem G.K.G. zu erhebenden Gebühren. — Keine öff. Abg. sind Post- und Telegraphengebühren, Kanalgebühren, Vergütungen für die Benutzung von Strafsen und Eisenbahnen etc.

[9] Blofs christliche Religionsgesellschaften sind Kirchen. Andere können öffentliche Verbände sein.

[10] Sc. der vom Staate oder einem öffentlichen Verbande eingerichteten.

[11] Darunter fallen alle juristischen Personen und Gemeinschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere auch Schul-, Wege-, Deich-, Meliorationsverbände (K.Pr. S. 52), Armenverbände, öffentliche Hülfskassen, Handels-, Gewerbe-, Landwirtschaftskammern, Berufsgenossenschaften, Innungen etc.

[12] Nach K.Pr. S. 152 soll es darauf ankommen, dafs die Anstalt in dem konkreten Fall zur Annahme der Versicherung verpflichtet war.

Den vierten Rang haben die Forderungen der Ärzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäfsigen Gebührnisse nicht übersteigt[13].

In der fünften Rangklasse stehen die Forderungen der Kinder, der Mündel und der Pflegebefohlenen[14] des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens[15]. Das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Konkurses verfolgt worden ist; denn wenn das Kind, der Mündel oder der Pflegebefohlene eine längere Zeit verstreichen läfst, ohne seine Ansprüche gerichtlich zu verfolgen, so kreditiert es dem Vater, Vormund, Pfleger freiwillig und damit fällt der Grund des Vorzugsrechts weg. Auf die Frist und die zur Wahrung der Frist nötige gerichtliche Geltendmachung sind die Vorschriften über die Verjährung, insbesondere die §§ 203 bis 207, 209, 213 bis 215 B.G.B., entsprechend anzuwenden; denn es handelt sich um Verjährung, wenn auch nicht eines Anspruchs, so doch eines Vorrechts. Nicht jede Pause im Fortbetrieb des

---

[13] Dieses Vorzugsrecht findet sich erst in jüngeren Partikularrechten, vgl. Stobbe, Z. Gesch. d. ält. d. K.Pr. § 16 bei N. 15. Wahrscheinlich entstammt es dem röm. R. Dieses privilegierte die Begräbniskosten; auf Grund von l. 4 C. de pet. her. 3, 31, l. 3 C. de relig. 3,44 stellte man die Kosten der letzten Krankheit gleich. — In der K.O. sind nicht blofs die Kosten der letzten Krankheit privilegiert. Die bezeichneten Forderungen gegen den Gemeinschuldner sind auch privilegiert, wenn die Pflege etc. einer anderen Person geleistet wurde; aber nicht, wenn der Gemeinschuldner die Schuld eines Anderen übernommen hat.

[14] Nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. ist Mündel, wer einen Vormund, Pflegebefohlener, wer einen Pfleger hat.

[15] Wegen des gesetzlichen Verwaltungsrechts des Vaters oder der Mutter an dem Vermögen des Kindes s. §§ 1627, 1628, 1638 bis 1648, 1681, 1684, 1685, 1693 B.G.B. Als gesetzliches Verwaltungsrecht am Vermögen des Kindes kommt auch das Recht des überlebenden Ehegatten auf die Verwaltung des Gesamtguts bei fortgesetzter Gütergemeinschaft in Betracht, weil darin der Anteil des Kindes steckt. Privilegiert ist bei fortges. Gütergemeinschaft sowohl der Anspruch des Abkömmlings auf Schadensersatz (§ 1456 Satz 2 mit § 1477 Abs. 1 B.G.B.) als auch sein Anspruch auf Herausgabe des bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteils. Wegen des gesetzlichen Verwaltungsrechts des Vormundes, des Gegenvormundes und des Pflegers s. §§ 1793, 1794, 1802 ff., 1897, 1911 bis 1915. B.G.B. Privilegiert ist sowohl der Anspruch auf Schadensersatz als der Anspruch auf Herausgabe des Vermögens.

Verfahrens, sondern nur eine ungewöhnliche, von dem Gläubiger veranlafste Pause zerstört das Vorrecht. Durch Anerkenntnis der Schuld wird das Vorzugsrecht nicht erhalten[16].

Den sechsten und letzten Rang haben die übrigen Konkursforderungen (§ 61 Nr. 6).

Mit der Kapitalsforderung werden als Nebenforderungen an derselben Stelle eingesetzt die Kosten, die dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind[17]; die Vertragsstrafe, die neben der Erfüllung verlangt werden kann (vgl. § 341 B.G.B.)[18] und die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen (§ 62).

2. Eine besondere Rangordnung gilt im Nachlafskonkurse (§ 226) und im Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 236 Satz 1). Das hängt damit zusammen, dafs auch Ansprüche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen Konkursforderungen sind.

Da infolge dessen die in anderen Konkursen ausgeschlossenen Forderungen des § 61 Nr. 2 bis 4 hier ebenfalls zugelassen werden mufsten, so ergab sich für den Nachlafskonkurs die Notwendigkeit, den Rang der Konkursforderungen in drei Abteilungen folgendermafsen zu ordnen.

In der ersten Abteilung stehen die Konkursforderungen, die nicht in § 226 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 angeführt sind, und zwar rangieren diese unter sich in dem in § 61 bestimmten Rangverhältnisse.

In der zweiten Abteilung stehen die in anderen Konkursen ausgeschlossenen Forderungen gegen den Erblasser, soweit sie hier zugelassen sind, und zwar in folgender Reihenfolge:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen der im § 61 bezeichneten Forderungen;
2. die gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen;
3. die Verbindlichkeiten aus Freigebigkeiten des Erblassers.

---

[16] Das Vorzugsrecht des § 61 Nr. 5 hängt mit der Generalhypothek und dem privilegium exigendi zusammen, die das röm. Recht dem Mündel gegen den Vormund gewährte. Vgl. l. un. C. rem alien. 4, 53; l. 20 C. de admin. tut. 5, 37; l. 7 §§ 5, 6 C. de cur. fur. 5, 70; l. 19 § 1, l. 23 de bon. auct. iud. 42, 5; l. 9 § 1, l. 42, 44 § 1 D. de adm. et per. 26, 7. Vgl. a. l. 8 §§ 3, 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Nachweise des Vorrechts in deutschen Partikularrechten s. Mot. S. 263 und Stobbe, Z. Gesch. d. ält. d. K.Pr. S. 97 N. 183.

[17] Vgl. oben S. 57 litt. b.

[18] Vgl. oben S. 54.

Als Verbindlichkeiten des Erblassers müssen diese Posten vor den Verbindlichkeiten gegenüber Pflichtteilsberechtigten, aus Vermächtnissen und Auflagen befriedigt werden.

Die Ansprüche aus den zuletzt genannten Verbindlichkeiten stehen daher in der dritten Abteilung (zurückgesetzte Konkursgläubiger) und zwar haben die Pflichtteilsverbindlichkeiten den Vorrang, weil der Pflichtteilsberechtigte die Vermächtnisse und Auflagen zur Deckung des Pflichtteils kürzen kann (§ 2318 Abs. 3 B.G.B.). Nur dasjenige Vermächtnis, durch welches das Recht des Bedachten auf den Pflichtteil nach § 2307 B.G.B. ausgeschlossen wird, steht insoweit, als es den Pflichtteil nicht übersteigt, den Pflichtteilsrechten im Range gleich, weil es bis zu diesem Betrage den Pflichtteil ersetzt (§ 226 Abs. 3 Satz 1). Die Vermächtnisse und Auflagen haben unter einander gleichen Rang. Hat jedoch der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen angeordnet, dafs ein Vermächtnis oder eine Auflage vor einem andern Vermächtnis oder einer andern Auflage erfüllt werden soll (§ 2189 B.G.B.), so hat das Vermächtnis oder die Auflage den Vorrang (§ 226 Abs. 3 Satz 2).

Unter den Nachlafsgläubigern können sich solche befinden, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind oder nach § 1974 B.G.B. ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehen. Solche Nachlafsgläubiger haben, entsprechend der Vorschrift des § 1973 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., ihren Platz zwischen der zweiten und der dritten Abteilung, es sei denn, dafs der Anspruch des in seinem Rechte beschränkten Gläubigers sich selbst auf ein Pflichtteilsrecht, ein Vermächtnis oder eine Auflage gründet. In dem letzteren Falle hat die Beschränkung zur Folge, dafs der Gläubiger erst nach den Gläubigern befriedigt wird, mit denen er ohne die Beschränkung gleichen Rang haben würde (§ 226 Abs. 4 Satz 1); das entspricht der Vorschrift des § 1973 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. Im übrigen behalten die ausgeschlossenen und die ihnen gleichgestellten Gläubiger im Verhältnis zu einander den Rang, der sich aus den Vorschriften der §§ 61, 226 Abs. 2, 3 ergiebt (§ 226 Abs. 4 Satz 2)[19].

Mit den in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen werden die bis zur Eröffnung des Verfahrens auf-

[19] Z. B. die ausgeschlossene Lohnforderung (§ 61 Nr. 1) geht der ausgeschlossenen Kurkostenforderung (§ 61 Nr. 4), die ausgeschlossene Darlehensforderung (§ 61 Nr. 6) der ausgeschlossenen Schenkungsforderung (§ 226 Abs. 2 Nr. 3), der ausgeschlossene Pflichtteilsanspruch (§ 226 Abs. 2 Nr. 4) der ausgeschlossenen Vermächtnisforderung (§ 226 Abs. 2 Nr. 5) im Range vor.

gelaufenen und die seit der Eröffnung laufenden Zinsen an derselben Stelle angesetzt (§ 227).

3. Die Vorzugsrechte gelten auch für Forderungen, die vor dem Inkrafttreten der K.O. entstanden sind[20]. Vorbehaltlich des § 5 Abs. 2 stehen sie auch ausländischen Gläubigern zu. Doch gelten die Vorzugsrechte des § 61 Nr. 2, 3 nur für Forderungen inländischer Kassen etc.; zwischen den Bundesstaaten besteht aber keine Scheidewand.

Sämtliche Vorzugsrechte gehen als sog. privilegia causae auf den neuen Gläubiger über (§ 401 Abs. 2 B.G.B.). Dies gilt für die Gesamt- und für die Sonderrechtsnachfolge, mag diese auf Abtretung (§ 398 B.G.B.) oder auf gesetzlicher Übertragung (§ 412 mit den §§ 82 Satz 2, 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225, 1438 Abs. 2, 1519 Abs. 2, 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2 B.G.B.) oder auf gerichtlicher Überweisung (§ 835 C.Pr.O.) beruhen. Es ist einerlei, ob die Rechtsnachfolge vor oder nach der Konkurseröffnung eintritt[21].

Dagegen kann ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht im Konkurse über das Vermögen des Schuldübernehmers nicht geltend gemacht werden (§ 418 Abs. 2 B.G.B.).

Die Vorzugsrechte werden nicht von Amtswegen berücksichtigt, sondern müssen angemeldet werden (§ 139). Wird ein beanspruchtes Vorrecht von dem Verwalter oder einem konkurrierenden Gläubiger im Prüfungstermine bestritten, so wird dessen Feststellung im Prozesse nötig (§ 146).

Können nicht alle bevorrechtigten Forderungen aus der Konkursmasse befriedigt werden, so sind die Forderungen besseren Rangs vor den Forderungen schlechteren Rangs und die Forderungen gleichen Rangs nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu berichtigen (§ 61).

Die festgestellten Vorzugsrechte sind bei den Verteilungen zu berücksichtigen.

---

[20] R.G.Entsch. XVII S. 41.

[21] In dem früheren gem. Recht unterschied man privilegia causae und pr. personae. Die Ausdrücke sind der in l. 42 D. de adm. tut. 26,7 gebrauchten Wendung „non personae sed causae succurritur" nachgebildet. Als pr. c. betrachtete man diejenigen, welche um der Art der Forderung, als pr. p. diejenigen, die um der Person des Gläubigers willen gewährt werden. Jene gehen auf den Rechtsnachfolger über, diese nicht. Als pr. p. wurden das Vorzugsrecht des Fiskus, der Städte, der Ehefrau in Ansehung der dos (arg. l. un. C. de priv. dot. 7, 74) und das Vorzugsrecht des Mündels in Ansehung seiner Ansprüche gegen den Vormund (arg. l. 19 § 1 D. de reb. auct. iud. 42, 5) behandelt. Vgl. Vangerow, Pand. III § 594, Sintenis, Gem. C.R. II S. 222 ff., Windscheid, Pand. II §§ 271, 332 N. 10.

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts unabhängig von den Verteilungen leisten (§ 170).

Die bevorrechtigten Forderungen werden vom Zwangsvergleiche nicht berührt (§ 173); sie sind vor Aufhebung des Konkurses wegen Zwangsvergleichs, soweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, soweit sie glaubhaft gemacht sind, sicher zu stellen (§ 191 Abs. 2).

Andere als die aufgeführten Vorzugsrechte bestehen nach Reichsrecht nicht. Soweit die K.O. gilt (vgl. E.G. §§ 5, 7, 8), sind landesgesetzliche Bestimmungen über Vorzugsrechte im Konkurs aufgehoben und seit Geltung der K.O. unwirksam (E.G. §§ 4, 11). Jedoch lassen die §§ 12, 13 des E.G. für die dort bezeichneten Forderungsrechte die Gewährung von Vorzugsrechten durch Landesgesetz zu [22].

§ 14.

IV. Der Gemeinschuldner.

1. Konkurs kann eröffnet werden über das Vermögen einer physischen Person. Da nach dem bürgerlichen Rechte Deutschlands alle Menschen vermögensfähig sind, so ist das Konkursverfahren gegenüber allen Menschen zulässig [1].

[22] § 12 E.G. gestattet die Schaffung von Vorzugsrechten als Surrogat für Pfand- und Vorzugsrechte, die früher zu Recht bestanden, aber mit Einführung der K.O. unwirksam wurden. War das Pfand oder das Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände beschränkt, so kann das Vorrecht nur in der Höhe des Erlöses gewährt werden. Zur Erhaltung des Vorrechts für ein nach dem 30. Sept. 1881 eröffnetes Konkursverfahren ist Eintragung in ein öffentliches Register erforderlich. Von der in § 12 gegebenen Befugnis haben Gebrauch gemacht Preußen: A.G. z. K.O. v. 6. März 1879 §§ 18 ff.; Württemberg: A.G. v. 18. Aug. 1879 Art. 20, 21; Mecklenburg: Verf. v. 26. Mai 1879 §§ 18 bis 23; Oldenburg: G. v. 10. Apr. 1879 Art. 53 §§ 1, 2; Sachsen-Weimar: A.G. v. 10. Mai 1879 §§ 27 bis 29; Sachsen-Mein.: A.G. v. 20. Juni 1879 §§ 11 ff.; Bremen: A.G. v. 25. Juni 1879 §§ 26, 69; Hamburg: A.G. v. 25. Juni 1879 §§ 19, 20, 30 ff.; Lübeck: G. v. 3. Febr. 1879.

§ 13 E.G. gestattet die Gewährung von Vorzugsrechten für Forderungen der Ehefrau, der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners, die vor dem 1. Okt. 1879 entstanden waren und ein gesetzliches Pfand oder Vorzugsrecht hatten, das ihnen nach der K.O. nicht mehr zukommt. Das Vorrecht der Ehefrau muß registriert werden, um in einem nach dem 30. Sept. 1881 eröffneten Konkurse zu gelten. Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht nur für die vor dem 1. Oktober 1884 eröffneten Konkurse gewährt werden. — Vgl. im ersten Absatz dieser Note cit. Landesgesetze sowie Bayern: A.G. v. 23. Febr. 1879 Art. 232 bis 234, Sachsen: G. v. 11. März 1879.

[1] Weder im Deutschen Reich noch in den Kolonien oder Schutzgebieten des Deutschen Reichs giebt es rechtsunfähige Menschen. Angehörige eines

2. Konkurs kann eröffnet werden über das Vermögen eines Verstorbenen (Nachlafskonkurs). Wer für tot erklärt ist, gilt auch in Ansehung des Konkurses als gestorben. Nachlafskonkurs kann eröffnet werden, bevor der Erbe die Erbschaft angenommen hat (§ 216 Abs. 1). Ebenso, nachdem der Erbe die Erbschaft durch Annahme oder durch Versäumung der Ausschlagungsfrist (§§ 1943, 1944 B.G.B.) definitiv erworben hat. Der Umstand, dafs der Erbe den Nachlafsgläubigern unbeschränkt, d. i. auch mit seinem eigenen Vermögen, haftet, hindert die Eröffnung des Nachlafskonkurses nicht (§ 216 Abs. 1)[2]. Bei dem Vorhandensein mehrerer Erben ist die Eröffnung des Konkurses auch nach der Teilung des Nachlasses zulässig (§ 216 Abs. 2).

Alle diese Sätze führen auf den im B.G.B. nicht formulierten, aber zu Grunde gelegten Gedanken zurück, dafs die Nachlafsgläubiger berechtigt sind, aus dem Nachlasse Befriedigung vor den Gläubigern des Erben zu verlangen. Dieses Recht steht ihnen vor und nach der Annahme der Erbschaft zu. Es steht ihnen auch zu, wenn der Erbe unbeschränkt für die Nachlafsverbindlichkeiten haftet. Die Teilung des Nachlasses unter die Miterben kann den Nachlafsgläubigern das bezeichnete Recht nicht entziehen (vgl. § 2046 B.G.B.).

Nachlafskonkurs findet nur über den ganzen Nachlafs, nicht über einen Erbteil statt (§ 235). Das hängt damit zusammen, dafs das Rechtsverhältnis der Miterben im B.G.B. als Gemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet ist (vgl. §§ 2032, 2038 bis 2041, 2058 B.G.B.).

Die Möglichkeit des Nachlafskonkurses beruht nicht auf der Annahme, dafs der Nachlafs eine juristische Person sei, und auch nicht auf der Annahme, dafs der Verstorbene als Subjekt des Nachlasses gelte. Vielmehr gehört der Nachlafs dem Erben. Aber er kann Gegenstand eines besonderen Konkursverfahrens sein,

---

Staates, in dem Sklaverei besteht, gelten in Deutschland als rechtsfähig, soweit es sich um rechtliche Verhältnisse handelt, die nach dem deutschen Recht zu beurteilen sind. Mitglieder religiöser Orden (Professen), die nach älteren Rechten vermögensunfähig waren, sind nach dem B.G.B. vermögensfähig. Der Vorbehalt in Art. 87 E.G. z. B.G.B. betrifft die Erwerbs-, nicht die Vermögensfähigkeit.

[2] Über das frühere gem. Recht, wonach bei unbeschränkter Haftung des Erben für die Nachlafsverbindlichkeiten kein Nachlafskonkurs möglich war, wenn nicht separatio bonorum herbeigeführt wurde, vgl. E. Jaeger, Die Voraussetzungen eines Nachlafskonkurses S. 16 ff., S. 37.

weil die Nachlafsgläubiger das Recht haben, Befriedigung aus dem Nachlasse vor den sonstigen Gläubigern des Erben zu verlangen.

Der eröffnete Konkurs wird durch den Tod des Gemeinschuldners nicht unterbrochen, sondern geht in einen Nachlafskonkurs über. Von dem Tode des Gemeinschuldners an gelten alle Besonderheiten des Nachlafskonkurses.

3. Der Konkurs kann ferner eröffnet werden über das Vermögen einer juristischen Person (vgl. § 213). In Ansehung der Aktiengesellschaft ist das gelegentlich der Normierung der Konkursgründe deklariert (§ 207). Ebenso in Ansehung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 91 Gen. Ges.) und der Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 63 R.G. v. 20. Apr. 1892). In Ansehung der Innungen, Innungsausschüsse und Innungsverbände ist die Möglichkeit des Konkurses in §§ 97 Abs. 4, 102 Abs. 4, 1041 R.G., betr. d. Abänd. d. Gew.Ordn., v. 26. Juli 1897 erwähnt. Der Konkurs kann auch noch eröffnet werden, wenn die juristische Person als solche aufgehört hat, solange die Verteilung des Vermögens noch nicht vollzogen ist. Das ist wieder in Bezug auf Aktiengesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung besonders deklariert (§ 207 Abs. 2 K.O., § 98 Abs. 2 Gen.Ges. Red. v. 1898, § 63 Abs. 2 R.G. v. 20. Apr. 1892), gilt aber auch für andere juristische Personen (arg. § 213 verb. mit § 207 Abs. 2). Hiernach kann über das Vermögen eines Vereins auch nach der Auflösung (§ 41 B.G.B.) und nach der Entziehung der Rechtsfähigkeit (§§ 43, 73 B.G.B.), es kann über das Vermögen einer aufgehobenen oder erloschenen Stiftung (vgl. § 86 B.G.B.) Konkurs eröffnet werden, so lange die Liquidation des Vermögens nicht vollzogen ist. Fällt das Vermögen an den Fiskus (§ 45 Abs. 3 B.G.B.), so finden die Vorschriften über den Nachlafskonkurs entsprechende Anwendung (arg. §§ 46, 88 B.G.B.); es besteht daher die Möglichkeit der Konkurseröffnung über solches Vermögen nicht blofs während der hier nicht notwendigen, aber möglichen Liquidation, sondern auch nach deren Vollziehung.

Die Zulässigkeit des Konkurses über das Vermögen einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts oder einer unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehenden Körperschaft oder Stiftung kann durch landesgesetzliche Vorschriften beschränkt oder ausgeschlossen werden (Art. IV E.G. z. K.O. verb. mit § 15 Nr. 3 E.G. z. C.Pr.O.); denn das Konkursverfahren ist Zwangsvollstreckung und kann bei den bezeichneten Personen mit öffentlichen Interessen ebenso kollidieren, wie die

Specialexekution[3]. Die Möglichkeit, die Zulässigkeit des Konkurses zu beschränken, ergiebt, dafs die Landesgesetze die Eröffnung des Verfahrens von besonderen Bedingungen abhängig machen oder auch gewisse Gegenstände der Konkursmasse entziehen können. Wird die Zulässigkeit des Konkurses landesgesetzlich nicht ausgeschlossen oder beschränkt, so gelten die Vorschriften des Reichsrechts.

Über das Vermögen eines Staates (Fiskus) kann kein Konkurs eröffnet werden[4]. Über das Vermögen des Reichs oder eines deutschen Bundesstaates nicht, weil der Konkurs die gesamte staatliche Thätigkeit lahm legen würde und daher mit dem Staatszwecke nicht vereinbar ist. Einem ausländischen Staate gegenüber bestehen derartige Rücksichten auf das Staatsinteresse nicht; allein zu einem Konkurs über das ganze Vermögen fehlt es an der Zuständigkeit eines deutschen Gerichts (arg. § 71). Es kann nur die Zulässigkeit eines Konkurses über das im Inlande befindliche Vermögen eines ausländischen Staates in Frage kommen, wenn dieser zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat (§ 238 Abs. 1) oder ein Gut im Inlande bewirtschaftet (§ 238 Abs. 2). Die Zulässigkeit eines solchen Konkurses wird sich in thesi nicht bestreiten lassen, ist aber ohne praktische Bedeutung.

4. Konkurs kann ferner eröffnet werden über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand[5]. Solche Gemeinschaften sind rechtsfähig; sie können Schulden haben, für die das Gemeinschaftsvermögen haftet, bevor es für die persönlichen Schulden der Gemeinschafter in Anspruch genommen werden darf. Sie sind partei- und prozefsfähig[6]. In ihr Vermögen findet Specialexekution statt. Daher ist auch die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung gegen sie möglich.

Ausdrücklich anerkannt ist die Möglichkeit des Konkurses über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft[7], einer Kom-

---

[3] Vgl. Art. 50 des Entw. I e. E.G. z. B.G.B., Mot. z. Entw. I e. B.G.B. I S. 116 f., 121; § 194a Abs. 2 des Entw. d. Abänderungen der K.O. in Denkschr. z. Entw. e. B.G.B. Reichstagsvorl. S. 347; L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. XXII S. 495 f.

[4] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 69.

[5] Über das Wesen dieser Gemeinschaften s. Gierke, D. Pr.R. I § 80.

[6] Vgl. Gierke a. a. O. S. 682 N. 93, S. 684 N. 103.

[7] Vgl. E. Jaeger, Der Konkurs der off. Handelsgesellschaft (1897), wo auch ältere Litteratur angegeben ist. Das neue H.G.B. ist dabei nachträglich nach

manditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 209)[8], eines Vereins, der keine juristische Persönlichkeit hat, aber als solcher verklagt werden kann (§ 213 K.O. vgl. mit § 50 Abs. 2 C.Pr O.)[9]. Ferner bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff., 1527 B.G.B.) in Ansehung des Gesamtgutes (§ 236). Desgleichen in Ansehung des mehreren Erben gehörigen Nachlasses (arg. § 235).

Aus diesen speciellen Gesetzesbestimmungen darf aber nicht gefolgert werden, dafs andere Gemeinschaften zur gesamten Hand nicht konkursfähig seien; vielmehr kommt in diesen Bestimmungen blofs zum Ausdruck, was für alle Gemeinschaften gilt, bei denen die Gemeinschaftsgläubiger aus dem Gemeinschaftsvermögen Befriedigung vor den persönlichen Gläubigern der Gemeinschafter verlangen können[10].

Hiernach kann insbesondere Konkurs über das Vermögen einer

---

dem Entwurfe berücksichtigt. Die Voraussetzungen, aus denen der Verf. die Konkursmöglichkeit herleitet, treffen nach dem neuen H.G.B. nicht mehr zu.

[8] Dafs diese Gesellschaften keine juristischen Personen sind, wird hier als feststehend behandelt.

[9] Vgl. § 54 B.G.B. Die Verweisung auf das Gesellschaftsrecht bestätigt, dafs man es mit Gemeinschaften zur ges. Hand zu thun hat. — Wenn man die Gesellschaften mit beschr. Haftung nicht als jur. Personen, sondern als Gemeinschaften zur ges. Hand betrachtet, so mufs auch § 63 des R.G. v. 20. April 1892 hier erwähnt werden.

[10] Über das zur allgemeinen Güter-, zur Errungenschafts- oder zur Fahrnisgemeinschaft gehörige Vermögen ist vor Beendigung der Gemeinschaft kein besonderer Konkurs, sondern nur ein Konkurs über das Vermögen des Mannes möglich, in dem das Gesamtgut zur Masse gehört (§ 2 Abs. 1); denn die Gesamtgutsgläubiger haben kein Recht auf Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den anderen Gläubigern des Ehemannes. Ist dagegen die Gemeinschaft beendigt (vgl. §§ 1468 bis 1470, 1542 bis 1544, 1549 B.G.B.), die Auseinandersetzung aber noch nicht erfolgt (Liquidationsstadium), so kann ein besonderer Konkurs über das Gesamtgut eröffnet werden, da in diesem Falle die Gesamtgutsgläubiger Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den anderen Gläubigern des Ehegatten verlangen können (arg. § 1475 B.G.B.). A.M., wie es scheint, die Mot. z. I. Entw. e. B.G.B. IV S. 409. Vgl. a. Prot. d. 2. Komm. Nr. 283 (Achilles, Lief. 3 S. 281).

Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft haben die Gesamtgutsgläubiger und diejenigen Gläubiger des überlebenden Ehegatten, welchen er nicht erst infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich haftbar wird, schon vor Beendigung der Gemeinschaft ein Recht auf Befriedigung aus dem Gesamtgute vor den anderen Gläubigern. Daher ist ein Konkurs über das Gesamtgut schon vor der Beendigung der Gemeinschaft möglich. Ist die Gemeinschaft beendigt (vgl. §§ 1492 bis 1496 B.G.B.), die Auseinandersetzung aber noch nicht erfolgt, so ist aus dem gleichen Grunde wie nach Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft Konkurs über das Gesamtgut möglich.

Gesellschaft eröffnet werden, die nach den Vorschriften des B.G.B. zu beurteilen ist. Denn das Gesellschaftsvermögen haftet zunächst für die Gesellschaftsschulden. Der Gläubiger eines Gesellschafters kann seine Forderung nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken (arg. § 736 C.Pr.O.), sondern nur den Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen pfänden lassen (§ 859 C.Pr.O.). Dieser Anteil ist durch Auseinandersetzung zu ermitteln, zu welchem Behufe der Gläubiger die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann (§ 725 Abs. B.G.B.). Bei der Auseinandersetzung aber werden zunächst die Gesellschaftsgläubiger befriedigt (§ 733 Abs. 1 B.G.B.). Die Möglichkeit eines Konkurses über das Gesellschaftsvermögen wird durch die oben erwähnte Vorschrift (§ 213) bestätigt, wonach der Konkurs über das Vermögen eines Vereins eröffnet werden kann, der keine juristische Persönlichkeit hat; denn ein solcher Verein ist als Gesellschaft zu behandeln (§ 54 B.G.B.). Auch darf von der Zulässigkeit des Konkurses bei der offenen Handelsgesellschaft auf die Zulässigkeit bei der Gesellschaft des B.G.B. geschlossen werden, da beide Gesellschaften gleiche Wesenheit haben (vgl. § 105 Abs. 2 H.G.B.)[11].

Ebenso kann über das Vermögen einer Reederei (§ 489 H.G.B.) Konkurs eröffnet werden; denn die Reederei ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand[12] und ihre Gläubiger können verlangen, dafs sie vor den persönlichen Gläubigern der Mitreeder aus dem Gemeinschafts- d. i. dem Reedereivermögen befriedigt werden. Der Umstand, dafs die Mitreeder nach Verhältnis ihrer Schiffsparten zu

[11] Gegen die Möglichkeit eines Konkurses über das Vermögen einer Gesellschaft des B.G.B.: E. Jaeger a. a. O. S. 24, 25, 40.

[12] Vgl. Beseler, Syst. d. D. Pr.R. § 71 A; Gierke, Genossenschaftsrecht II S. 933, Genossenschaftstheorie S. 345, 359, D. Pr.R. I S. 671; Cosack, Lehrb. d. H.R. (4) S. 592; Boyens, D. Seerecht I S. 241. Andere Ansichten über das Wesen der Reederei — juristische Person: Mittermaier, D. Pr.R. II § 542 IV; Pöhls, Seerecht I S. 113; Kaltenborn, Grunds. d. prakt. europ. Seerechts I S. 116; eigenartige Gesellschaftsform (societas sui generis): Goldschmidt, Ztschr. f. d. g. H.R. XXIII S. 352, Lewis, Seerecht in Endemanns Handb. I S. 54, Schaps, d. D. Seerecht S. 100. Die unrichtige Konstruktion als juristische Person steht der Möglichkeit des Konkurses nicht im Wege. Auch die Annahme einer eigenartigen Gesellschaft nicht, wenn diese Gesellschaft nicht nach den Grundsätzen der römischen societas, sondern nach den jetzt im B.G.B. recipierten deutschrechtlichen Regeln konstruiert wird, was jetzt nach Art. 2 E.G. z. H.G.B. geboten erscheint. Die Möglichkeit eines Konkurses über das Vermögen der Reederei wird anerkannt von Cosack a. a. O. S. 598, bestritten von Keyfsner, Ztschr. f. d. g. H.R. XLIII S. 456,

Zuschüssen verpflichtet sind (§ 500 H.G.B.), schliefst den Konkurs über das Vermögen der Reederei ebensowenig aus, wie er bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung oder mit unbeschränkter Nachschufspflicht durch die Haftung oder die Nachschufspflicht der Genossen ausgeschlossen wird.

Da das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht einem von den Gemeinschaftern verschiedenen Rechtssubjekte, sondern den Gemeinschaftern gehört, so ist jeder derartige Konkurs ein Partikularkonkurs, da er nicht das ganze Vermögen der einzelnen Gemeinschafter, sondern nur die zur Gemeinschaft gehörenden Gegenstände umfafst. Es kann über das Gemeinschaftsvermögen Konkurs eröffnet werden, ohne dafs über das Privatvermögen der einzelnen Gemeinschafter Konkurs eröffnet wird, auch wenn die Gemeinschafter mit ihrem Privatvermögen für die Schulden der Gemeinschaft primär oder subsidiär, solidarisch oder nach Anteilen haften (vgl. § 209). Umgekehrt können über das Privatvermögen der einzelnen Gemeinschafter Konkurse eröffnet werden, ohne dafs über das Gemeinschaftsvermögen Konkurs eröffnet wird. Wird Konkurs über das Privatvermögen eines Gemeinschafters eröffnet, so gehört zu diesem Vermögen auch der Anteil des Gemeinschafters am Gemeinschaftsvermögen (§ 16 K.O.). Wenn und soweit der Gemeinschafter den Gemeinschaftsgläubigern auch mit seinem Privatvermögen haftet (was bei den verschiedenen Gemeinschaften verschieden ist), können diese ihre Forderungen gegen die Gemeinschaft im Konkurse über das Privatvermögen des Gemeinschafters verfolgen (vgl. § 128 H.G.B.), unbeschadet des Rechts, Befriedigung aus dem Gemeinschaftsvermögen zu suchen.

Ferner ergiebt sich die Möglichkeit gleichzeitiger Konkurse über das Gemeinschaftsvermögen und über das Privatvermögen eines oder mehrerer der Gemeinschafter.

In dem Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand kommen nur die Gemeinschaftsgläubiger als Konkursgläubiger in Betracht. In dem Konkurs über das Privatvermögen eines Gemeinschafters sind aufser den Privatgläubigern

---

Gareis, Lehrb. d. H.R. (5) S. 829, Schaps a. a. O. S. 97. Die Beweisführung des letztgenannten beruht auf der unrichtigen Behauptung, dafs die persönlichen Gläubiger eines Mitreeders, die keine Reedereigläubiger sind, mit den Reedereigläubigern, die nicht durch ein Pfandrecht gesichert sind, gleichberechtigt seien.

auch die Gemeinschaftsgläubiger Konkursgläubiger, wenn und soweit ihnen der Gemeinschafter persönlich haftet. Unter dieser Voraussetzung können sich die Gemeinschaftsgläubiger an den mehreren Konkursen beteiligen. Über ihre Behandlung im Konkurse über das Privatvermögen eines Gemeinschafters s. o. S. 44 ff. Haften mehrere Gemeinschafter als Gesamtschuldner, so finden die Vorschriften des § 68 Anwendung, wenn Konkurs über das Privatvermögen eines derselben eröffnet ist.

Auf Gemeinschaften zur gesamten Hand, die einen öffentlichrechtlichen Charakter haben, wird man die oben S. 69 behandelte Vorschrift des Art. IV E.G. z. K.O. entsprechend anwenden dürfen, da die Gründe, die dazu führen, die Konkursmöglichkeit in Ansehung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu beschränken, auch bei den öffentlich-rechtlichen Gemeinschaften zutreffen.

5. Endlich kann Konkurs eröffnet werden über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, der im Deutschen Reich eine gewerbliche Niederlassung[18] hat oder ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaftet, ohne einen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reich zu haben (§ 238). Dieser Konkurs ist ein Partikularkonkurs, weil er prinzipiell nur das inländische Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt.

6. Gemeinschuldner (Gantschuldner, Kridar) ist derjenige, über dessen Vermögen das Konkursverfahren stattfindet.

In dem Konkursverfahren über das Vermögen einer physischen Person ist diese der Gemeinschuldner. Ist die Person prozeßunfähig, so wird sie bei den im Verfahren vorzunehmenden Handlungen durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten. Wer einen Pfleger erhalten hat (§§ 1910, 1911 B.G.B.), ist nicht prozeßunfähig; aber wenn der Pfleger die Vertretung übernimmt, steht der Gemeinschuldner für den Konkurs einer nicht prozeßfähigen Person gleich (arg. § 53 C.Pr.O.).

In dem Nachlaßkonkurs ist der Erbe als solcher der Gemeinschuldner; denn auf ihn ist das Vermögen des Verstorbenen mit dem Erbfall übergegangen (§§ 1922, 1942 B.G.B.). Nach Ausschlagung der Erbschaft gilt der Ausschlagende auch in Ansehung der Zeit zwischen Anfall und Ausschlagung nicht mehr als Gemeinschuldner (arg. § 1953 Abs. 1 B.G.B.). Mit dem Eintritte des

[18] Über Niederlassung s. oben S. 37.

Falls der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Gemeinschuldner zu sein und wird der Nacherbe Gemeinschuldner (arg. § 2139 B.G.B.). Hat der Erbe die Erbschaft verkauft, so tritt der Käufer in Ansehung des Verfahrens an seine Stelle als Gemeinschuldner (§ 232 Abs. 1 K.O., vgl. a. §§ 2382, 2383 B.G.B.). Dies findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daſs jemand eine durch Vertrag erworbene Erbschaft verkauft oder sich zur Veräuſserung einer ihm angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft in sonstiger Weise verpflichtet hat (§ 233 K.O., vgl. a. § 2385 B.G.B.); der Erwerber tritt also an Stelle des Veräuſserers als Gemeinschuldner.

Übrigens ist bei Anwendung zahlreicher den Gemeinschuldner nennenden Vorschriften der K.O. unter Gemeinschuldner im Nachlaſskonkurse nicht bloſs der Erbe (Nacherbe, Erbschaftskäufer), sondern auch der Erblasser zu verstehen[14], während wieder in anderen solchen Vorschriften nur der Erblasser als Gemeinschuldner in Betracht kommt[15].

In dem Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person ist diese der Gemeinschuldner. Die juristische Person handelt in dem Verfahren durch ihre Organe, wie in einem anderen Prozesse.

In dem Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand sind die Gemeinschafter als solche die Gemeinschuldner; denn sie sind die Subjekte des Gemeinschaftsvermögens. Hat die Gemeinschaft zur Vornahme von Prozeſshandlungen Organe, so handelt sie durch diese auch im Konkursverfahren.

In den Fällen des § 2 Abs. 1, 3 ist nur der Mann (nicht auch die Frau) Gemeinschuldner, obwohl das Gesamtgut zur Konkursmasse gehört.

Da bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte die rechtliche Stellung des Mannes und die anteilsberechtigten Abkömmlinge die Stellung der Frau haben (§ 1487 Abs. 1 B.G.B.) und der Mann das Organ der ehelichen Gütergemeinschaft ist, so hat im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners auszuüben[16].

---

[14] So bei §§ 10, 11, 17, 19 bis 24, 26, 27, 30 bis 32, 34, 37, 44, 46, 55 Nr. 1, 128.

[15] So bei den §§ 51, 117 Abs. 2, 122, 128, 131, 132 Nr. 1.

[16] Wird in den S. 71 N. 10 behandelten Fällen nach Beendigung der Gemeinschaft, aber vor der Auseinandersetzung Konkurs über das Gesamtgut eröffnet, so sind alle Gemeinschafter Gemeinschuldner.

Zweites Hauptstück.

Der Gegenstand der konkursmäfsigen Zwangsvollstreckung.

---

§ 15.

I. Die Konkursmasse.

Das Vermögen, in das die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung stattfindet, heifst Konkursmasse. Sie umfafst das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens gehört (§ 1 Abs. 1, 4).

1. Unter Vermögen ist hier das Aktivvermögen zu verstehen. Das Vermögen in diesem Sinn besteht aus allen Sachen und Rechten, die Geldwert haben.

Sachen ohne Geldwert giebt es strenggenommen nicht. Aber es giebt Sachen, deren Geldwert so geringfügig ist, dafs sie als geldwertige nicht in Betracht kommen. Solche sind nicht zur Masse heranzuziehen.

Geldwertige Rechte sind alle dinglichen Rechte, ferner alle Forderungen und sonstigen Ansprüche auf geldwertige Leistungen und alle sog. Immaterialgüterrechte.

Keinen Bestandteil des Vermögens bilden die Familienrechte, auch wenn sich daraus vermögensrechtliche Folgen ergeben.

2. Nur Vermögen des Gemeinschuldners gehört zur Konkursmasse. Wird anderes Vermögen thatsächlich in die Masse einbezogen, so entstehen Aussonderungsansprüche; darüber s. unten § 16.

Eine Ausnahme von der Regel, dafs nur Vermögen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehört, ergiebt sich im Nachlafskonkurse. Die den Nachlafsgläubigern nach § 1978 Abs. 1 B.G.B. zustehenden Ansprüche gegen den Erben gelten als zum Nachlasse gehörend (§ 1978 Abs. 2 B.G.B.) und sind daher Bestandteile der Konkursmasse, obwohl sie nicht Vermögen des Erblassers waren. Dasselbe mufs von den Ansprüchen auf Schadensersatz gelten, die den Nachlafsgläubigern nach § 1980 B.G.B. gegen den Erben zustehen (arg. § 228 Abs. 2 K.O., wo die Leistungen des Erben auf Grund des § 1980 ebenso als Leistungen zur Masse behandelt sind, wie jene auf Grund des § 1978). Auf dasjenige, was der Erbe auf Grund der §§ 1978 bis 1980 B.G.B. zu der Masse zu ersetzen hat, haben aber die Gläubiger, die im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen sind oder nach § 1974 B.G.B. ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehen, nur insoweit Anspruch, als der Erbe auch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig sein würde (§ 228 Abs. 2). Das hängt damit zusammen, dafs der Erbe solchen Gläubigern gegenüber nur verpflichtet ist, dasjenige, was nach Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger von dem Nachlafs übrig bleibt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 1973 Abs. 2 Satz 1 B.G.B.). Ist ein ausgeschlossener Gläubiger bei der Verteilung der Letzte, so bekommt er also von der Ersatzleistung des Erben nur soviel, als die Bereicherung des Erben beträgt; der Rest ist dem Erben zurückzuerstatten. Kommt nach dem ausgeschlossenen Gläubiger noch ein nicht ausgeschlossener Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer (vgl. § 226 Abs. 4 Satz 1), so erhält der ausgeschlossene Gläubiger von der Ersatzleistung den Betrag, der als Bereicherung in Betracht kommt, und der Pflichtteilsberechtigte oder Vermächtnisnehmer den Rest. Streitigkeiten, die sich über die Zuteilung ergeben, sind im Verteilungsverfahren durch Einwendungen gegen das Verzeichnis zur Entscheidung zu bringen.

Haftet der Erbe für alle Nachlafsverbindlichkeiten unbeschränkt, so finden die Vorschriften der §§ 1978 bis 1980 B.G.B. und folglich auch die des § 228 Abs. 2 K.O. keine Anwendung (§ 2013 B.G.B.).

Die in den zwei vorstehenden Absätzen entwickelten Sätze finden im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut entsprechende Anwendung (§ 236 Satz 1).

3. Konkursmasse ist nur das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehörende Vermögen[1].

Welches Vermögen in dem bezeichneten Zeitpunkte dem Gemeinschuldner gehört, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Es müssen alle zu dem Erwerb erforderlichen Umstände vorliegen. Ein Vertragsantrag begründet noch keinen Erwerb. Ein bedingtes und ein betagtes Recht gehört schon vor Eintritt der Bedingung oder des Termins zum Vermögen[2]. Ein Nießbrauch gehört auch in Ansehung der künftigen Nutzungen zum Vermögen. Ebenso das Recht auf eine Leibrente. Ein in blanco acceptierter Wechsel, der vor der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner begeben worden ist, gehört zur Masse und kann von dem Verwalter ausgefüllt werden; denn der Acceptant ist so zu behandeln, wie wenn er einen fertigen Wechsel acceptiert hätte.

Gehaltsforderungen von Offizieren und öffentlichen Beamten gehören, auch soweit sie pfändbar sind, nur für die Zeit bis zur Konkurseröffnung zur Konkursmasse, weil der Gehalt als Ver-

[1] Ob das Vermögen, das der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens erwirbt, zur Masse gehöre, war nach dem früheren gem. Recht bestritten.

Für die Zugehörigkeit des späteren Erwerbs: Schweppe § 35 Nr. 2, Puchta § 25, Bayer § 26a, Fuchs, Concursverfahren (1863) § 13. Dagegen: A. C. J. Schmid, Handb. III S. 257, Gensler, Arch. f. c. Pr. II S. 356, S.A. VI Nr. 112, X Nr. 322, XIX Nr. 287, R.O.H.G. Entsch. XII S. 300. Dabelow S. 538 und Gönner, Handb. IV S. 526 unterscheiden, ob cessio bonorum vorliegt oder nicht. Die Mehrzahl der deutschen Partikularrechte zieht den späteren Erwerb zu der Masse; vgl. brem. Debitordn. §§ 49, 53, lüb. K.O. §§ 57, 64, Baumeister, Privatrecht von Hamburg I S. 331 f. (diese Rechte mit Freilassung des Erwerbs aus Arbeitsthätigkeit); preuſs. K.O. v. 1855 § 1, bad. Pr.O. § 728, bayr. Pr.O. Art. 1208. Ebenso die ausländischen Gesetze; aber meistens mit Freilassung des Erwerbs aus eigener Thätigkeit.

Der Code de comm. enthielt keine Vorschrift. Man nahm aber mit Rücksicht auf art. 442 des c. de comm. in Verb. mit den art. 1270, 2092 des C. civ. die Zugehörigkeit des Erwerbs zur Konkursmasse an; vgl. Boulay Paty, Traité des faillites § 66 p. 63. Das franz. Fallimentsges. v. 1838 Art. 443, das belg. Ges. v. 18. April 1851 Art. 444, das span. H.G.B. Art. 1037, die österr. K.O. v. 1869 § 1, die bankruptcy act v. 1869 s. 15 [3, 4], die ungar. K.O. v. 1881 § 1, sprechen die Zugehörigkeit des späteren Erwerbs aus.

Die legislatorischen Erwägungen, die dazu führten, den späteren Erwerb in der deutschen K.O. nicht einzubeziehen, s. Mot. S. 20. Es sind Billigkeitsgründe, namentlich Rücksicht auf die neuen Gläubiger.

[2] Daraus ergiebt sich insbesondere, daſs Ansprüche aus Versicherungsverträgen, die zu Gunsten des Gemeinschuldners oder seiner Erben geschlossen sind, zur Konkursmasse gehören; vgl. R.G. Entsch. XVI S. 126, bayr. ob. L.G. Samml. XI S. 58, IX S. 243.

gütung für die zu leistenden Dienste zu betrachten ist und die Forderung daher ratenweise erworben wird[3]. Dasselbe gilt von dem Gehalt und den Dienstbezügen der im Privatdienst angestellten Personen. Anders verhält es sich mit Pensionen und Ruhegehältern; da diese Bezüge nicht Vergütung für zu leistende Dienste sind, gehört das Bezugsrecht auch für die spätere Zeit, und zwar ohne Beschränkung auf die Dauer des Konkurses, zur Masse, soweit die Pfändung nach § 850 C.Pr.O. zulässig ist. Die Verwertung des Bezugsrechts wird aber wegen der Ungewifsheit seiner Dauer auf Hindernisse stofsen.

Die Erbschaft (auch die Nacherbschaft) und das Vermächtnis, die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung schon angefallen waren (vgl. §§ 1922, 1942, 2106, 2176 bis 2178 B.G.B.), aber zu dieser Zeit noch ausgeschlagen werden können (vgl. §§ 1943, 2180 Abs. 3 B.G.B.), gehören zur Konkursmasse, wenn die Erbschaft oder das Vermächtnis vor Beendigung des Konkurses durch Annahme oder durch Ablauf der Ausschlagungsfrist von dem Gemeinschuldner endgültig erworben wird. Die Annahme oder Ausschlagung steht aber nicht dem Konkursverwalter, sondern nur dem Gemeinschuldner zu (§ 9 Satz 1). Da die Ausschlagung bewirkt, dafs der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3 B.G.B.), so stellt sie sich in ihrer Wirkung nicht als Verzicht auf ein bereits erworbenes Recht, sondern als Nichtannahme eines angetragenen Rechts dar. Dies entspricht dem Wesen des Erwerbs von Todeswegen, der nicht blofs einen vermögensrechtlichen, sondern auch einen persönlichen Charakter hat[4].

Was von der Erbschaft gilt, gilt auch in Ansehung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 9 Satz 2). Nach § 1483 B.G.B. wird beim Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft und im

---

[3] Vgl. Wilmowski S. 1 N. 2 IV, Petersen und Kleinfeller § 1 N. III 2 c. Fitting § 13 N. 10. A.M. Hullmann S. 50, v. Völderndorff I S. 80 f., Kohler, Lehrb. S. 114. Wer den Gehalt als eine dem Beamten kraft der Anstellung zukommende Rente betrachtet, so z. B. Laband, D. St.R. (2) I S. 478, mufs die Zugehörigkeit auch der späteren Gehaltsraten zur Masse behaupten. Auf §§ 832, 833 C.Pr.O. darf man sich aber nicht berufen, denn die Specialexekution ist nicht auf das in einem gewissen Zeitpunkt erworbene Vermögen beschränkt.

[4] Vgl. Begründung der Konk.-Nov. S. 27. — Dieselbe Auffassung liegt den Vorschriften der §§ 517, 1406 Nr. 1, 1453 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. und des § 778 Abs. 2 C.Pr.O. zu Grunde.

Falle des § 1557 auch beim Güterstande der Fahrnisgemeinschaft die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind, fortgesetzt, wenn die Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst worden ist. Der überlebende Ehegatte kann aber die Fortsetzung ablehnen (vgl. § 1484 B.G.B.). Wird nach dem Tode eines Ehegatten der Konkurs über das Vermögen des überlebenden eröffnet, bevor die Möglichkeit der Ablehnung weggefallen ist, so steht die Fortsetzung oder Ablehnung dem Gemeinschuldner, nicht dem Verwalter, zu. Erfolgt keine Ablehnung, so gehört das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zur Konkursmasse (§ 2 Abs. 3). Anderenfalls gilt der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft als nicht erfolgt und es findet demgemäfs in Ansehung des ehelichen Gesamtguts die Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen statt (§ 1471 ff., 1482, 1484 Abs. 3 B.G.B.). Ob der Mann oder die Frau überlebt, macht keinen Unterschied.

Gleich einem Vermächtnis ist das Recht auf den Voraus (§ 1932 B.G.B.) und auf den sog. Dreifsigsten (§ 1969 B.G.B.) zu behandeln.

Wegen des Pflichtteilsanspruchs s. u. S. 82.

Im Konkurse über das Vermögen des Inhabers eines Handelsgeschäfts, mag dieser ein Einzelner oder eine Gesellschaft sein, gehört zur Konkursmasse der Anspruch auf die rückständige Einlage des stillen Gesellschafters bis zu dem Betrage, der zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist (§ 341 Abs. 2 H.G.B.).

Im Konkurse über das Vermögen einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (R.G. v. 1. Mai 1889) gehören zur Masse die Ansprüche der Genossenschaft gegen die Genossen auf Leistung von Nachschüssen. Über die Realisierung dieser Ansprüche bestehen besondere Vorschriften (§§ 105 bis 115, 128 bis 130 Genoss. Ges.).

4. Weil das Konkursverfahren Zwangsvollstreckung ist, gehört zur Masse blofs das Vermögen, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt.

Reichsgesetze, durch die unbewegliches Vermögen von der Zwangsvollstreckung ausgenommen wäre, giebt es nicht. Landesgesetzliche Ausnahmen können in Ansehung der in Art. 57 bis 67 E.G. z. B.G.B. bezeichneten Personen und Sachen gemacht werden (arg. § 2 E.G. z. Zw.V.G.). Von Bedeutung sind ins-

besondere die landesgesetzlichen Beschränkungen in Ansehung der Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter (Art. 59 E.G. z. B.G.B.). Soweit solche landesgesetzliche Befreiungen von der Zwangsvollstreckung oder Beschränkungen der Vollstreckung bestehen, bewirken sie, dafs die betreffenden Gegenstände nicht zur Konkursmasse gehören.

In welchem Umfang bewegliches Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt, ist in der Civilprozefsordnung bestimmt.

Hiernach gehören die beweglichen Sachen mit Ausnahme der in § 811 Nr. 1 bis 3, 5 bis 8, 10 bis 13 C.Pr.O. bezeichneten zur Konkursmasse. Die in § 811 Nr. 4 und 9 C.Pr.O. bezeichneten Sachen und von den in Nr. 11 bezeichneten die Geschäftsbücher gehören, obwohl sie nicht gepfändet werden sollen, zur Konkursmasse, weil im Konkurse die Rücksicht auf den Fortbetrieb der Wirtschaft oder des Geschäfts wegfällt. Aus dem gleichen Grunde gelten die im § 20 des Postgesetzes v. 28. Okt. 1871 in Ansehung des Inventars der Posthaltereien vorgesehenen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung im Konkurse nicht (§ 1 Abs. 2).

Nicht zur Konkursmasse zu ziehen sind Sachen, die zum gewöhnlichen Haushalte des Gemeinschuldners gehören, wenn ohne weiteres ersichtlich ist, dafs durch deren Verwertung nur ein Erlös erzielt würde, der zu dem Werte aufser allem Verhältnis steht (arg. § 812 C.Pr.O.).

Das R.G., betr. die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln, v. 12. Mai 1886 steht der Einbeziehung der Betriebsmittel in den Konkurs nicht im Wege. Dagegen folgt aus Art. 23 Abs. 5 des internat. Übereinkommens über den Eisenbahnverkehr v. 14. Okt. 1890 (R.G.Bl. 1892 S. 793), dafs das rollende Material der bei diesem Übereinkommen beteiligten Eisenbahnen mit Einschlufs sämtlicher der betreffenden Bahn gehörigen Gegenstände, die sich in diesem Material vorfinden, nur dann zur Konkursmasse gezogen werden kann, wenn der Konkurs von einem Gerichte des Staates eröffnet ist, dem die betreffende Eisenbahn angehört.

Welche Forderungen und sonstigen Rechte nicht gepfändet werden können und daher nicht zur Konkursmasse gehören, ergeben die §§ 850 bis 852, 857 bis 863 C.Pr.O.

Unübertragbare Forderungen und Rechte (§ 851 C.Pr.O.) s. §§ 399, 514, 613, 664 Abs. 2, 717, 847, 1092, 1300 Abs. 2, 1408, 1427, 1585, 1623, 1655, 1656, 1658 B.G.B. Soweit eine nach § 399 B.G.B. wegen Vereinbarung unübertragbare Forderung nach § 851 Abs. 2 C.Pr.O. pfändbar ist, gehört sie zur Konkursmasse. Ein

Pflichtteilsanspruch gehört zur Konkursmasse, wenn er vor der Konkurseröffnung durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (arg. § 852 Abs. 1 C.Pr.O.). Dasselbe gilt von dem nach § 528 B.G.B. dem Schenker zustehenden Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes (arg. § 852 Abs. 2 C.Pr.O.). Ebenso gehören die in §§ 847, 1300 B.G.B. bezeichneten Ansprüche nur dann zur Konkursmasse, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig waren.

Was den Anspruch auf Buſse anlangt, so beginnt dessen Übertragbarkeit und folglich die Zugehörigkeit zur Masse erst mit der Rechtskraft des Urteils des Strafgerichts (arg. § 444 St.Pr.O.).

Der Pfändung und daher der Konkursmasse entzogen sind die nach den Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzen den Unterstützungsberechtigten zustehenden Forderungen[5], ferner die Verstümmelungszulagen und Dienstprämien[6].

Aus Art. 23 Abs. 4 des internat. Übereinkommens vom 14. Okt. 1890 (R.G.Bl. 1892 S. 793) folgt, daſs die aus dem internationalen Transporte herrührenden Forderungen der bei dem Übereinkommen beteiligten Eisenbahnen untereinander, wenn die schuldnerische Eisenbahn einem anderen Staate angehört als die forderungsberechtigte, nur dann zur Konkursmasse gehören, wenn der Konkurs von einem Gerichte des Staates eröffnet worden ist, dem die forderungsberechtigte Eisenbahn angehört.

In Ansehung anderer Rechte als Forderungen ist zunächst § 857 Abs. 3 C.Pr.O. maſsgebend. Danach gehören unveräuſserliche Rechte, die auch nicht der Ausübung nach einem Anderen überlassen werden können, nicht zur Konkursmasse, z. B. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, deren Überlassung nicht gestattet ist (§ 1092 B.G.B.). Dagegen gehören unveräuſserliche Rechte, deren Ausübung einem Anderen überlassen werden kann, in Ermangelung besonderer Vorschriften zur Konkursmasse. Also gehört der Nieſsbrauch an Sachen, an einem Rechte und an einem Vermögen zur Konkursmasse (arg. § 1059 Satz 2, 1068 Abs. 2, 1085 Satz 1 B.G.B.).

---

[5] Krankenvers.-Ges. i. d. F. d. Bek. v. 10. April 1892 § 56 Abs. 2; Unf.-Vers.-Ges. v. 6. Juli 1884 § 68; R.G. v. 12. Mai 1886, betr. d. Unf.- u. Krankenvers. d. i. landw.- u. forstwirtsch. Betrieben besch. Personen, § 73; R.G. v. 11. Juni 1887, betr. d. Unfallvers. der bei Bauten besch. Personen, § 38 Abs. 2; R.G. v. 13. Juli 1887, betr. die Unfallvers. d. Seeleute, § 76; R.G. v. 22. Juni 1889, betr. die Inval.- u. Altersvers., § 40.

[6] R.G. v. 22. Mai 1893 Art. 18.

Nicht pfändbar und daher nicht Bestandteil der Konkursmasse ist das Recht des Schuldners zur Zurücknahme einer für die Gläubiger gemäfs § 372 bis 375 B.G.B. hinterlegten Sache (§ 377 Abs. 1 B.G.B.).

Das Recht der Verwaltung und Nutznieſsung, das bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznieſsung dem Ehemann an dem eingebrachten Gute zusteht, gehört nicht zur Konkursmasse (arg. § 861 Abs. 1 Satz 1 C.Pr.O.). Folglich auch nicht die nach der Konkurseröffnung erworbenen Früchte[7]. Die vor der Eröffnung von dem Ehemann erworbenen Früchte des eingebrachten Gutes gehören insoweit zur Konkursmasse, als sie nach § 861 Abs. 1 Satz 2 C.Pr.O. gepfändet werden können.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft gehören die Früchte des von der Frau eingebrachten Gutes, welche nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznieſsung geltenden Vorschriften dem Manne zufallen, zu dem Gesamtgute (§ 1525 Abs. 1 B.G.B.). Die vor der Konkurseröffnung von dem Manne erworbenen Früchte gehören daher unbeschränkt zur Konkursmasse des Mannes (arg. § 2 Abs. 1). Die nach der Eröffnung erworbenen Früchte[8] bleiben aufserhalb der Masse, weil sie nicht kraft eines Nutznieſsungsrechts erworben werden und die Masse bloſs das zur Zeit der Eröffnung dem Gemeinschuldner gehörende Vermögen umfaſst[9].

Das Gleiche wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft gilt für die Nutzungen des von der Frau eingebrachten Gutes auch bei der Fahrnisgemeinschaft[10].

Soweit nach Art. 200 E.G. z. B.G.B. für den Güterstand einer z. Z. des Inkrafttretens des Gesetzbuchs bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maſsgebend bleiben, bewendet es in Ansehung des dem Ehemann an dem Vermögen seiner Ehefrau zustehenden Nieſsbrauchs auch für die Zukunft bei den Vorschriften des § 1 Abs. 2 der alten Konkursordnung (Art. VI Satz 1 E.G.). Ein solcher Nieſsbrauch gehört also zur Konkursmasse. Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner aber die Mittel beanspruchen, die zu seinem angemessenen Unterhalt und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalt oder zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

---

[7] Da das Recht des Mannes erst mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses endigt (§ 1419 B.G.B.), so können Früchte nach der Eröffnung erworben werden.

[8] Vgl. die vorige Note und § 1543 B.G.B.

[9] Vgl. die Begründung der Novelle S. 23.

[10] Vgl. die §§ 1549, 1550 Abs. 2 B.G.B.

Das Recht, welches dem Vater oder der Mutter kraft der elterlichen Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht, ist kein Bestandteil der Konkursmasse (arg. § 862 Abs. 1 Satz 1 C.Pr.O.). Das Gleiche gilt von den ihnen nach den §§ 1655, 1656 B.G.B. zustehenden Ansprüchen, solange solche Ansprüche nicht fällig sind (arg. § 862 Abs. 1, Satz 2 C.Pr.O.). Die vor der Konkurseröffnung von dem Vater oder von der Mutter erworbenen Früchte und die vor diesem Zeitpunkte fällig gewordenen Ansprüche aus den §§ 1655, 1656 B.G.B. gehören insoweit zur Konkursmasse, als sie nach § 862 Abs. 2 vgl. mit § 861 Abs. 1 Satz 2 gepfändet werden können. Die nach der Konkurseröffnung erworbenen Früchte gehören nicht zur Konkursmasse, weil das Bezugsrecht nicht dazu gehört. Ebensowenig die nachher fällig werdenden Ansprüche aus §§ 1655, 1656 B.G.B., da sie an Stelle der Nutznießung treten.

Die Rechte der Eltern an dem Vermögen der vor dem Inkrafttreten des B.G.B. geborenen Kinder sind nach dem Rechte des B.G.B. zu beurteilen (Art. 203 E.G. z. B.G.B.); daher ist auch in konkursrechtlicher Beziehung nur das neue Recht maßgebend (arg. a contr. § VI Satz 1 E.G.).

Ist der Gemeinschuldner als Erbe nach § 2338 B.G.B. durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so gehören die Nutzungen der Erbschaft, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind, nur zur Masse des Erbenkonkurses, wenn Konkursgläubiger vorhanden sind, welche auch die Eigenschaft von Nachlaßgläubigern haben (arg. § 863 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 C.Pr.O.). Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner nach § 2338 B.G.B. durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, für seinen Anspruch auf den jährlichen Reinertrag (arg. § 863 Abs. 1 Satz 2 C.Pr.O.).

Wenn ein Ehegatte nach § 2338 B.G.B. berechtigt ist, das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings zu beschränken, so kann er für den Fall, daß nach seinem Tode fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt, den Anteil des Abkömmlings am Gesamtgut einer entsprechenden Beschränkung durch Einsetzung eines Nacherben oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers unterwerfen (§ 1513 Abs. 2 B.G.B.). Unterliegt der Anteil des Abkömmlings einer derartigen Beschränkung, so finden auf die Nutzungen des Anteils die in dem vorigen Absatz entwickelten Sätze entsprechende Anwendung (arg. § 863 Abs. 3 C.Pr.O.).

Der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 B.G.B. eingegangenen Gesellschaft gehört zur Konkursmasse, nicht der Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen (arg. § 859 Abs. 1 C.Pr.O.).

Ebenso verhält es sich mit dem Anteil eines Gesellschafters bezw. eines persönlich haftenden Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien (arg. Art. 2 E.G. z. H.G.B., vgl. a. § 135 H.G.B.).

Der Anteil eines Miterben an dem Nachlafs gehört zur Konkursmasse, nicht sein Anteil an den einzelnen Nachlafsgegenständen (arg. § 859 Abs. 2 C.Pr.O.)

Für den Anteil eines Gemeinschafters an dem Vermögen einer anderen Gemeinschaft zur gesamten Hand mufs in Ermangelung besonderer Vorschriften das Gleiche gelten, wenn der Anteil veräufsert oder die Auseinandersetzung verlangt werden kann.

Bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse, wenn das Verfahren über das Vermögen des Mannes eröffnet wird; eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts zwischen den Ehegatten findet nicht statt (§ 2 Abs. 1). Das hängt damit zusammen, dafs die Gläubiger des Mannes auch Gesamtgutsgläubiger sind und umgekehrt (§ 1459 B.G.B.). Durch das Konkursverfahren über das Vermögen der Ehefrau wird das Gesamtgut nicht berührt (§ 2 Abs. 2); der Anteil der Ehefrau an dem Gesamtgut und an einzelnen dazu gehörenden Gegenständen ist kein Bestandteil der Konkursmasse (arg. § 860 Abs. 1 Satz 1 C.Pr.O.).

Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff., 1527 B.G.B.) gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse, wenn das Verfahren über das Vermögen des überlebenden Ehegatten eröffnet wird; eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen findet nicht statt (§ 2 Abs. 3). Die Gläubiger des überlebenden Ehegatten sind auch Gesamtgutsgläubiger und umgekehrt (§§ 1488, 1489 B.G.B.). Durch das Konkursverfahren über das Vermögen eines Abkömmlings wird das Gesamtgut nicht berührt (§ 2 Abs. 3); der Anteil des Abkömmlings an dem Gesamtgut ist kein Bestandteil der Konkursmasse (arg. § 860 Abs. 1 Satz 2 C.Pr.O.).

Für die Zugehörigkeit zur Konkursmasse ist die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung zur Zeit der Konkurseröffnung entscheidend. Gegenstände, die in diesem Zeitpunkte einer Zwangs-

vollstreckung nicht unterliegen, werden nicht dadurch Bestandteile der Konkursmasse, dafs sie während des Verfahrens aufhören, von der Zwangsvollstreckung befreit zu sein[11]. Daher werden die Forderungen auf Ersatz eines anderen als Vermögensschadens (§§ 837, 1300 B.G.B.) und der Pflichtteilsanspruch nicht Massebestandteile, wenn sie nach Eröffnung des Konkurses anerkannt oder rechtshängig werden. Daher wird der Anteil der Ehefrau an dem Gesamtgute nicht Massebestandteil, wenn die Gemeinschaft nach der Eröffnung des Konkurses beendigt wird.

Ist die eheliche Gütergemeinschaft (allgemeine Güter-, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft) oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendigt (vgl. §§ 1468 bis 1470, 1482, 1484 Abs. 3, 1492 bis 1496 B.G.B.), so findet die Auseinandersetzung statt. Der Anteil des Anteilsberechtigten gehört zu der Masse des über sein Vermögen eröffneten Konkurses (arg. § 860 Abs. 2 C.Pr.O.).

Die sog. Immaterialgüterrechte gehören zum Konkurse, soweit sie ohne Einwilligung des Berechtigten veräufsert oder doch einem Anderen zur Ausübung übertragen werden können[12].

Eine eigenartige Situation ergiebt sich in Ansehung solcher Vermögensbestandteile, die für gewisse Forderungen Exekutionsobjekt sind, für andere nicht. Diese Rechtslage ergiebt sich aus

---

[11] Nach dem Wortlaut des § 1 ist nur das Erworbensein, nicht die Zulässigkeit der Vollstreckung im Zeitpunkte der Eröffnung, verlangt. Aber man wird von jenem auf diese folgern dürfen.

[12] Die Firma ist nicht ohne Einwilligung übertragbar (arg. § 22 H.G.B.), daher nicht Massebestandteil; R.G.Entsch. IX S. 104 mit der Begründung, dafs das Recht auf die Firma kein Vermögensrecht sei. — Das Recht auf ein Warenzeichen ist mit dem Geschäftsbetriebe übertragbar, aber nur mit Einwilligung des Berechtigten (arg. § 7 Abs. 1 Satz 3 des R.G. z. Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894), daher kein Bestandteil der Konkursmasse. A. M.: Kohler, Markenschutz S. 232. Entsprechend verhält es sich mit den Rechten an Mustern, Modellen und Gebrauchsmustern. — Der Anspruch auf Erteilung eines Patents ist nicht ohne Einwilligung des Erfinders übertragbar; wohl aber das Recht aus dem Patent. Dieses ist also Massebestandteil. Vgl. Stobbe, D.Pr.R. III S. 46, Gierke, D.Pr.R. I S. 892, R.O.H.G. Entsch. XXII S. 333 ff. Ebenso das Recht aus Licenzverträgen. — Das litterarische und künstlerische Urheberrecht ist seinem personenrechtlichen Kerne nach nicht übertragbar, wohl aber in seinen vermögensrechtlichen Folgen, und zwar, soweit es sich nur um diese handelt, ohne Einwilligung des Urhebers. Daher ist es insoweit Massebestandteil. Das Verlagsrecht gehört wohl zur Konkursmasse. Näheres s. bei Dambach, Urheberrecht S. 36 ff.; Klostermann, Urheberrecht S. 16, 140; Wächter, Autorrecht S. 102 ff.; Stobbe, D.Pr.R. III S. 46; Gierke, D.Pr.R. I S. 812 ff.; J. Kaiser, Ztschr. f. d. C.Pr. XXI S. 201 ff.

§ 4 a R.G. betr. d. Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns v. 21. Juni 1869 in d. F. d. R.G. v. 29. März 1897, aus den §§ 850 Abs. 4, 863 Abs. 2 C.Pr.O. und aus den §§ 1086, 1411 bis 1414, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2 B.G.B.

Die Vorschriften der §§ 1411 bis 1414 B.G.B.eignen sich am besten zur Erläuterung der Situation. Danach kann eine im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung lebende Frau zweierlei Gläubiger haben, nämlich solche, die berechtigt sind, die Vollstreckung in das ganze Vermögen der Frau, d. i. in das Vorbehaltsgut und ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes in das eingebrachte Gut, zu betreiben (Gläubiger der ersten Kategorie), und solche, die nur die Vollstreckung in das Vorbehaltsgut betreiben dürfen (Gläubiger der zweiten Kategorie). Gegenüber den Gläubigern der ersten Kategorie ist das eingebrachte Gut Exekutionsobjekt und daher Bestandteil der Masse des über das Vermögen der Frau eröffneten Konkurses; gegenüber den Gläubigern der zweiten Kategorie nicht, während das Vorbehaltsgut Exekutionsobjekt für die Gläubiger beider Kategorien ist[18].

Sind nur Gläubiger der ersten Kategorie vorhanden, so gehört das Vorbehaltsgut und das eingebrachte Gut zur einheitlichen Konkursmasse. Sind nur Gläubiger der zweiten Kategorie vorhanden, so gehört bloſs das Vorbehaltsgut zur Masse; der Ehemann hat einen Aussonderungsanspruch, wenn der Verwalter eingebrachtes Gut zur Masse zieht (arg. §§ 771, 774 C.Pr.O.).

Wenn Gläubiger beider Kategorien vorhanden sind, worauf der Konkursverwalter stets gefaſst sein muſs, so ist sowohl das Vorbehaltsgut als das eingebrachte Gut zur Masse zu ziehen. Dann sind bei der Verteilung zwei Sondermassen zu bilden, eine aus dem eingebrachten Gute, die andere aus dem Vorbehaltsgut. Bei Verteilung jener Sondermasse konkurrieren nur die Gläubiger der ersten Kategorie. Soweit sie aus dieser keine Befriedigung erlangen, d. i. also mit dem Ausfalle, konkurrieren sie mit den Gläubigern der zweiten Kategorie bei der Verteilung der zweiten, das Vorbehaltsgut enthaltenden Sondermasse. Die Scheidung der Gläubiger erfolgt wohl erst im Verteilungsverfahren bei Aufstellung des Verzeichnisses der bei einer Verteilung zu berücksichtigenden Gläubiger. Durch Einwendungen gegen das Ver-

[18] Dieselbe Unterscheidung kann sich auch bei dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft ergeben, wenn die Frau eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut hat (arg. §§ 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2 B.G.B.).

zeichnis sind etwaige Streitigkeiten über die Zugehörigkeit eines Gläubigers zu dieser oder jener Kategorie und über die Zugehörigkeit eines Vermögensbestandteils zu dieser oder jener Sondermasse zur Entscheidung zu bringen[14].

Entsprechend sind die anderen Fälle zu behandeln.

5. Im Auslande befindliches Vermögen ist nicht durch das inländische Gesetz von der Masse ausgeschlossen; nur im Falle des § 238 beschränkt sich das Konkursverfahren auf das inländische Vermögen. Aber thatsächlich ist die Einbeziehung des im Auslande befindlichen Vermögens unausführbar, wenn dazu die Mitwirkung einer ausländischen Behörde erforderlich ist und der ausländische Staat dem von einem deutschen Gericht eröffneten Konkurse keine Wirksamkeit für das in seinem Gebiete befindliche Vermögen einräumt. Dies wird regelmäfsig der Fall sein; wie denn auch das deutsche Gesetz (§ 237) vorbehaltlich von Ausnahmen, die unter Zustimmung des Bundesrats durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden, der ausländischen Konkurseröffnung keine Wirksamkeit für das im Inlande befindliche Vermögen zugesteht[15].

6. Der Gemeinschuldner kann Gegenstände, die deswegen nicht zur Masse gehören, weil sie erst nach der Eröffnung des Konkurses erworben oder pfändbar geworden sind, dem Verwalter überlassen, damit er sie wie Konkursmasse behandle und verwerte. An solchen

---

[14] Die im Text vertretene Ansicht über die Behandlung derartiger Komplikationen findet eine Stütze in den Verhandlungen der mit der Beratung des II. Entw. e. B.G.B. betrauten Kommission (Autogr. Prot. S. 9461 ff.) und in den Verhandlungen der mit der Vorberatung über die Konk.Nov. beauftragten Reichstagskommission, Komm.Ber. S. 3 bis 5. Eine gesetzliche Regelung wäre erwünscht; vgl. L. Seuffert, D.J.Z. 1898 Nr. 6 S. 119 ff. — Vgl. a. die teilweise abw. Ausführungen von Unzner in Planks Komm. z. B.G.B. § 1411 N. 8 (während des Drucks erschienen).

[15] Ausführlicher sind diese Dinge behandelt in Kohlers Lehrb. S. 603 ff. Die dort vertretene Ansicht, dafs das deutsche Recht ausländisches Vermögen grundsätzlich nicht zur Masse rechne, dürfte unrichtig sein; vgl. Mot. 457. Die in § 238 für die speciellen Fälle getroffene Anordnung, dafs sich der Konkurs auf das inländische Vermögen beschränkt, hätte keinen Sinn, wenn dasselbe für alle Konkurse gelten würde. Ein internationaler Vertrag kann die Anordnung des § 237 Abs. 2 veranlassen, aber auch ersetzen. Zur Zeit sind Verträge des Reichs nicht vorhanden. Über die Frage, ob Verträge einzelner Bundesstaaten, die vor dem 1. Okt. 1879 geschlossen waren (z. B. Vertr. zw. Preufsen u. Österreich v. 12. Mai u. 16. Juni 1844, G. u. V.O.Bl. S. 165; zw. Sachsen u. Österreich v. 6. Jan. 1854, abgedr. in d. Entsch. d. R.G.; zw. Württemberg und Schweizer Kantonen, Reg.Bl. v. 1826 S. 251, v. 1860 S. 3), in Geltung bleiben, s. oben S. 34 bei N. 11.

Gegenständen erwirbt die Gläubigerschaft im Zweifel die gleichen Rechte wie an der Konkursmasse. Bei der Überlassung können auch Rechte fiduciarischer Natur eingeräumt werden.

Gegenstände, die deswegen nicht zur Masse gehören, weil sie unveräufserlich oder unpfändbar sind, kann der Gemeinschuldner nicht der Konkursmasse überlassen; die unveräufserlichen nicht, weil die Überlassung eine (konstitutive) Veräufserung ist; die unpfändbaren nicht, weil die Befreiungen auf socialpolitischen Gründen beruhen und daher publici iuris sind.

7. Über das nach der Eröffnung des Verfahrens erworbene oder pfändbar gewordene Vermögen des Gemeinschuldners kann schon vor der Beendigung des ersten Verfahrens ein zweiter Konkurs eröffnet werden[16]. Vor Beendigung des ersten Konkurses dürfen sich an dem zweiten Konkurse nur diejenigen Gläubiger beteiligen, deren Forderungen nach der Eröffnung des ersten entstanden sind. Der Beteiligung der Gläubiger, die sich am ersten Konkurs beteiligen können, steht die Vorschrift des § 14 Abs. 1 entgegen[17].

§ 16.

II. Die Aussonderung[1].

Gleichwie es bei der Specialexekution vorkommen kann, dafs sie in einen Gegenstand vollzogen wird, der nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehört, so kann es bei der konkursmäfsigen Generalexekution geschehen, dafs der Verwalter einen Gegenstand (Sache oder Recht), der nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehört, in die Konkursmasse einbezieht. Wie in jenem Falle die Specialexekution, so ist in diesem Falle die Einbeziehung in die Konkursmasse ein rechtswidriger Eingriff in die Vermögens-

---

[16] Vgl. Mot. S. 21.

[17] Vgl. v. Wilmowski § 11 N. 4, Petersen u. Kleinfeller § 1 N. III 4, § 11 N. 1, Kohler, Lehrb. S. 534 u. a. Abw. Oetker, Grundbegr. I S. 203 f.

[1] Früher separatio ex jure dominii oder vindicatio nach dem Hauptfall genannt. Wie diese Separatisten oder Vindikanten zu behandeln seien, war bestritten. Einige, z. B. Brunnemann c. 2 § 8, c. 5 § 5 ss.; Carpzow, Jurispr. for. P. I c. 28 def. 12 nr. 1; Dabelow S. 524 N. e behandeln sie wie Konkursgläubiger, verlangen daher, dafs sie im Liquidationstermin bei Meidung der Präklusion erscheinen, ihre Rechte anmelden und bestrittene Rechte im Konkursprozefs verfolgen. Andere, z. B. Ludovici c. 11, Bayer § 51, Fuchs, Conc.Verf. S. 32 scheiden sie von den Konkursgläubigern und unterwerfen sie daher weder der Ediktalcitation noch dem Konkursprozesse. Diese Ansicht gewann die Oberhand.

sphäre des Dritten. In jenem Falle reagiert der Dritte durch das Verlangen, den Gegenstand von der Specialexekution freizugeben, eventuell macht er diesen Anspruch durch Widerspruchsklage (§ 771 C.Pr.O.) geltend. In dem anderen Falle reagiert der Dritte durch das Verlangen, den Gegenstand aus der Konkursmasse freizugeben (Aussonderungsanspruch), eventuell macht er diesen Anspruch durch Klage geltend.

Der Aussonderungsanspruch ist aufsergerichtlich und gerichtlich gegen den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft geltend zu machen. Die Klage ist im ordentlichen Prozesse bei dem nach allgemeinen Regeln zuständigen Gericht zu erheben[2]. Der Antrag ist auf Verurteilung der Gläubigerschaft zur Freigabe des betreffenden Gegenstandes aus der Konkursmasse zu stellen. Die Verurteilung ist nach den allgemeinen Regeln vollstreckbar. Je nach den Umständen kann eine Vollstreckung nach den §§ 883 bis 886, 890 C.Pr.O. in Frage kommen. Auch die Klage auf Leistung des Interesse (§ 893 Abs. 2 C.Pr.O.) ist möglich.

Die Klage ist als Leistungsklage zu erheben, wenn der dem Kläger gehörende Gegenstand in die Konkursmasse einbezogen ist. Sie ist auch als Feststellungsklage denkbar, wenn das Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses vorhanden ist.

Das Recht, auf Grund dessen jemand die Aussonderung verlangen könnte, kann verteidigungsweise geltend gemacht werden, wenn der Verwalter angriffsweise vorgeht, z. B. die Herausgabe einer Sache verlangt.

Wegen Unterbrechung und Wiederaufnahme eines z. Z. der Konkurseröffnung anhängigen Prozesses über ein Recht, das den Aussonderungsanspruch begründen würde, s. § 240 C.Pr.O., § 10 K.O.

Der Aussonderungsanspruch kann nur während des Konkurses geltend gemacht werden. Er kann geltend gemacht werden, solange sich der betreffende Gegenstand in der Konkursmasse befindet. Ist er von dem Verwalter veräufsert oder verwertet worden, so kann der Absonderungsberechtigte die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung und, soweit diese zur Masse eingezogen worden ist, die Gegenleistung, d. i. den Erlös aus dem abzusondernden Gegenstande, aus der Masse verlangen (§ 46). Über diesen an Stelle des Aussonderungsrechts tretenden Anspruch s. u. S. 99 f.

---

[2] Aufser dem allgemeinen Gerichtsstande der Gläubigerschaft (§ 17 C.Pr.O.) kann nur noch der Gerichtsstand des § 24 C.Pr.O. in Frage kommen; nicht der des Erfüllungsorts, vgl. R.G.Entsch. XXXI S. 392.

Ist der Gegenstand von dem Verwalter veräufsert und der nach § 46 entstehende Anspruch nicht verfolgt worden, so kann der Aussonderungsberechtigte das seinem Aussonderungsrecht zu Grunde liegende Recht gegen den Erwerber geltend machen, wenn ihm nicht Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (vgl. §§ 892, 893, 933 bis 936 B.G.B., §§ 366, 367 H.G.B.) entgegenstehen. Stehen ihm solche Vorschriften entgegen, so kann er von den einzelnen Konkursgläubigern die Herausgabe des Betrags verlangen, welchen sie zufolge Verteilung des Erlöses aus dem Gegenstande, der dem Gemeinschuldner nicht gehörte, an Dividende mehr erhalten haben; denn um diesen Betrag sind sie auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert. Er kann aber auch den Gemeinschuldner auf diesen Betrag belangen, weil auch der Gemeinschuldner, der um diesen Betrag von Schulden befreit worden ist, auf seine Kosten ohne Rechtsgrund bereichert ist[8].

Wegen Fortsetzung eines Rechtsstreites über ein Aussonderungsrecht, der bei Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich anhängig ist, s. u. § 53.

Welche Rechte einen Aussonderungsanspruch begründen können, ist aus dem bürgerlichen Recht zu beurteilen (§ 43). Die K.O. § 44 schafft jedoch einen vom bürgerlichen Recht unabhängigen Aussonderungsanspruch und beschränkt in § 45 den Aussonderungsanspruch der Ehefrau.

1. Nach dem bürgerlichen Recht kann die Aussonderung verlangen:

a) wer an einem zur Masse gezogenen Gegenstand ein Recht hat, das nicht auf Befriedigung eines Guthabens aus dem Gegenstande geht.

---

[8] Die Rechtslage ist die gleiche, wie wenn die Specialexekution in einen dem Schuldner nicht gehörenden Gegenstand vollzogen und der Erlös dem Gläubiger übereignet worden ist. Die Meinungen gehen auseinander. Vgl. Koffka, Mag. f. d. D. R. d. Gegenw. VIII S. 161, Nessel, Beitr. z. E. d. D.R. XXVIII S. 89; L. Jakobi, Ersatzpflicht des Gläubigers aus ungerechtf. Mob Zw.Vollstr. in den Berl. Festgaben für Gneist (1888); Frantz, z. L. v. d. Exekutionsintervention S. 39ff.; Cahn, Arch. f. c. Pr. LXX S. 438ff.; Falkmann, Ztschr. f. d. C.Pr. XIV S. 515; v. Schrutka-Rechtenstamm, Z. Dogmengeschichte und Dogm. d. Freigebung fremder Sachen etc., 3. Heft, S. 93ff., M. Landsberger, Die Sachen Dritter und ihr Schutz gegen unrechtmäfsige Zwangsvollstreckung (Gött. Diss. v. 1892), S.A. XXXV Nr. 294, XXXVII Nr. 355, R.G.Entsch. VI S. 312 XIII S. 180ff., Beitr. z. E. d. D.R. XXV S. 1014. Durch das B.G.B. ist die Streitfrage nicht abgeschnitten.

In Ansehung von Sachen kommen in Betracht das Eigentum einschliefslich des Miteigentums[4] und des Stockwerkeigentums, das Recht auf den Besitz[5], die Rechte an Lehen (auch allodifizierten), Familienfideikommissen und Stammgütern einschliefslich der Anwärterrechte[6], das Erbbaurecht, das Erbpachtrecht mit Einschlufs des Büdner- und Häuslerrechts, die Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten und persönliche), das dingliche Vorkaufsrecht[7], das Recht des Mannes auf die Verwaltung und Nutznieſsung des eingebrachten Vermögens der Frau[8] etc.

---

[4] Bei Miteigentum nach Bruchteilen kann die Aussonderung des Anteils, bei Miteigentum zur gesamten Hand die Aussonderung der ganzen Sache verlangt werden, solange keine Auseinandersetzung stattfand. Daher kann der Mann in dem Konkurse über das Vermögen seiner Frau die Aussonderung des Gesamtguts verlangen (arg. § 2 Abs. 2). Dafs die Frau in dem Konkurse ihres Mannes die Aussonderung des Gesamtguts nicht verlangen kann (§ 2 Abs. 1), beruht darauf, dafs das Gesamtgut allen Gläubigern des Mannes haftet § 1459 B.G.B.).

[5] Vgl. §§ 861, 1007 B.G.B. Die Aussonderung kann verlangt werden sowohl, wenn z. Z. der Eröffnung des Konkurses ein Anspruch auf Einräumung des Besitzes gegen den Gemeinschuldner begründet war, als auch, wenn während des Konkurses ein solcher Anspruch gegen den Verwalter als Organ der Gläubigerschaft entsteht. Die Rechtslage ist die gleiche, wie bei der Specialexekution. Ob diese auf Grund Besitzrechts abgewehrt werden kann, ist bestritten. Die Komm. zu § 690 (alt) C.Pr.O., ferner Vofs, Beitr. z. E. d. D.R. XXIII S. 265; Kühne eod. S. 506; Westerburg eod. S. 885; v. Glasenapp eod. XXIV S. 252; Nessel eod. XXVIII S. 126 ff.; Vofs, Arch. f. c. Pr. LXVI S. 161 ff.; Francke, Zeitschr. f. C.Pr. V S. 216 ff.; v. Schrutka, Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 313 u. z. Dogmengesch. u. Dogmatik der Freigebung fremder Sachen Heft 3 S. 145; Bunsen, Zw.V. S. 87; Falkmann, Zw.V. S. 119; Planck II S. 714; R.G.Entsch. XIV S. 365, XXXIV S. 422, S.A. XLV Nr. 152.

[6] Vgl. R.G.Entsch. XXX S. 385.

[7] §§ 1094 bis 1104 B.G.B. Das Vorkaufsrecht kann im Konkurse ausgeübt werden, wenn der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens verkauft hat und die Frist des § 510 Abs. 2 B.G.B. noch läuft; ferner, wenn der Verwalter aus freier Hand verkauft (§ 1098 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.); nicht bei Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung.

[8] Vgl. §§ 1363, 1373, 1383, 1525, 1549 B.G.B. und § 739 C.Pr.O. Das Recht des Ehemannes auf die Verwaltung und Nutznieſsung kann nicht gegenüber den Gläubigern der Frau geltend gemacht werden, denen die Frau auch mit dem eingebrachten Gute haftet (vgl. §§ 1411 bis 1414 B.G.B.); daher kann der Mann jenes Recht im Konkurse der Frau nur dann geltend machen, wenn blofs Konkursgläubiger beteiligt sind, denen das eingebrachte Gut nicht haftet; vgl. o. S. 87. Das Recht auf die elterliche Nutznieſsung begründet kein Aussonderungsrecht im Konkurse des Kindes (arg. § 1659 B.G.B., § 746 C.Pr.O.).

In Ansehung von Forderungen und anderen Rechten kommt als aussonderungsberechtigt in Betracht, wer Subjekt des betreffenden Rechtes oder eines aus diesem abgezweigten Rechtes ist. Daher kann der neue Gläubiger die Aussonderung der abgetretenen oder übertragenen Forderung verlangen; der Nießbraucher die Aussonderung der Forderung, an der ihm der Nießbrauch zusteht; der Licenzberechtigte die Aussonderung des Patentrechtes, soweit ihm dessen Ausnutzung übertragen ist etc.

Da Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und den Gläubigern des Kommissionärs als Forderungen des Kommittenten gelten (§ 392 Abs. 2 H.G.B.), kann der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs die Aussonderung solcher Forderungen verlangen[9].

b) Wer auf Grund eines Vertrags von dem Gemeinschuldner die Herausgabe eines Gegenstandes verlangen kann, den er dem Gemeinschuldner überlassen hat ohne die Absicht, das Eigentum zu übertragen.

Von diesem Gesichtspunkte aus kann der Vermieter, der Verpächter, der Verleiher die Aussonderung des vermieteten, verpachteten, geliehenen Gegenstandes, der Auftraggeber und der Kommittent die Aussonderung des dem Beauftragten oder dem Kommissionär überlassenen, der Hinterleger die Aussonderung des hinterlegten, der Verpfänder die Aussonderung des verpfändeten Gegenstandes verlangen[10].

---

[9] Natürlich ist Kommissionsgut, das der Verkaufskommissionär verkauft oder als Selbstkontrahent von dem Kommittenten gekauft hat, nicht auszusondern. Kommissionsgut, das der Einkaufskommissionär gekauft oder als Selbstkontrahent dem Kommittenten verkauft hat, ist nicht auf Grund des Kommissionsvertrags, sondern nur dann auszusondern, wenn der Kommittent das Eigentum daran erworben hat. Wegen des Eigentumserwerbs s. §§ 929 bis 931 B.G.B. An Wertpapieren geht Eigentum dadurch über, daß der Kommissionär an den Kommittenten ein Stückeverzeichnis absendet: § 7 R.G., betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, v. 5. Juli 1896.

[10] Wer einen Wechsel oder ein anderes Ordrepapier mit Prokuraindossament an den Gemeinschuldner begeben hat, kann die Aussonderung des Wechsels verlangen, da er das Eigentum an dem Wechsel nicht zu übertragen beabsichtigte; vgl. Grünhut, Wechselrecht II S. 191. Ebenso verhält es sich, wenn ein in procura indossierter Wechsel etc. von dem Indossatar an den Gemeinschuldner begeben worden ist; denn ein Prokuraindossatar ist nicht legitimiert, das Eigentum an dem Papiere zu übertragen; vgl. Grünhut S. 193 f. Dagegen hat keinen Aussonderungsanspruch, wer einen Wechsel

Andere als die bezeichneten Forderungsrechte ergeben keinen Aussonderungsanspruch. Daher kann z. B. der Käufer nicht die Aussonderung des gekauften Gegenstandes verlangen. Ebensowenig derjenige, welchem ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht, die Aussonderung der Bereicherung. Da der Anspruch aus einer Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger ein Forderungsrecht ist, kann der Anfechtungsberechtigte nicht die Aussonderung des zurückzugewährenden Gegenstandes aus dem Konkurse des Anfechtungsgegners beanspruchen [11].

2. Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann die Aussonderung von Waren verlangen, die von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, sofern nicht die Waren schon vor Eröffnung des Konkurses an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind (§ 44 Abs. 1) [12].

---

oder ein anderes Ordrepapier mit Vollindossament an den Gemeinschuldner begeben hat, mag auch der Wechsel etc. nur zum Zwecke der Einkassierung oder als Pfand zur Sicherung des Indossatars begeben worden sein; denn durch das Vollindossament wird das Eigentum an dem Papiere, wenn auch nur fiduciarisch, übertragen; vgl. Grünhut S. 144. In den K.Pr. S. 172 wurde, nachdem über diesen Punkt mehrfach verhandelt worden war (vgl. K.Pr. S. 28 ff., 127 ff., 163 ff.), konstatiert, durch § 35 (= § 43 der neuen K.O.) solle die Zurückforderung eines unter solchen Umständen begebenen Ordrepapiers nicht ausgeschlossen sein. Hiernach scheint die Kommission die Aussonderung als zulässig erachtet zu haben. Aber diese Ansicht ist aus dem angegebenen Grund nicht richtig. In der Litteratur ist allerdings die hier bekämpfte Ansicht vorherrschend. Vgl. die Kommentare zu § 35 (alt), dann Endemann S. 345; Fitting § 22 N. 5; Kohler, Lehrb. S. 179; Dernburg, pr. Pr.R. II § 177 N. 7; v. Canstein, W.R. S. 112, 451; Dungs Beitr. z. E. d. D.R. XXXII S. 11 ff.; Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVI S. 149 ff.; Regelsberger, Arch. f. c. Pr. LXIII S. 186 ff.; Werthauer, Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 586 ff., 623, 635; Goldschmidt, Ztschr. f. d. g. H.R. XXVIII S. 82 f., XXXIX S. 493; Wulff, Vollindossament zu Inkassozwecken (1892) S. 74 ff.; Renaud, W.R. § 58 N. 3.

Die behandelte Streitfrage läfst sich dahin verallgemeinern, ob bei fiduciarischer (nicht zu verwechseln mit simulierter!) Übertragung eines Gegenstandes dessen Aussonderung im Konkurse des Fiduciars verlangt werden kann. Die Frage ist zu verneinen; wer fiduciarisch überträgt, hat die übertragene Sache etc. dem Vermögen des Fiduciars einverleibt.

[11] Vgl. R.G.Entsch. XIII S. 5, XL S. 5.

[12] Dieser Aussonderungsanspruch (Verfolgungsrecht, droit de suite, right of stoppage) ist seit langer Zeit anerkannt. Vgl. z. B. Hamb. neue Fallitenordn. v. 1753 Art. 24, Bremer Erb- und Handfestenordn. § 136, bayer. Prior.-

Ob der Verkäufer oder Einkaufskommissionär noch der Eigentümer der Waren ist, ist einerlei. Der § 44 hat gerade den Zweck, dem Verkäufer etc. die Absonderung zu ermöglichen, auch wenn der Gemeinschuldner das Eigentum an der Ware schon erworben hat.

Der Aussonderungsanspruch besteht in Ansehung von Waren, d. h. beweglichen Sachen mit Einschluſs der Wertpapiere[13]. Daſs das Geschäft ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 H.G.B. ist, ist nicht erforderlich. Auch nicht, daſs die Kontrahenten Kaufleute sind. Das Geschäft muſs ein Distanzgeschäft in dem Sinne sein, daſs die Ware eine Reise machen muſs, um von dem Absendungsort an den Lieferungsort zu gelangen[14]. Auf das Platzgeschäft ist § 44 nicht anwendbar[15].

Die Aussonderung setzt voraus, daſs die Forderung des Verkäufers auf den Kaufpreis oder die Forderung des Einkaufskommissionärs auf Erstattung des Preises nebst Auslagen und Provision noch nicht vollständig befriedigt ist. Kreditierung schlieſst den Aussonderungsanspruch nicht aus. Die Befriedigung kann durch Zahlung, durch Annahme an Zahlungsstatt oder durch Aufrechnung erfolgen. Standen der Verkäufer oder der Einkaufskommissionär und der Gemeinschuldner in laufender Rechnung, so ist die Aussonderung zulässig, wenn sich zur Zeit der Konkurseröffnung ein Saldo zu Gunsten des Verkäufers etc. ergiebt. Darin, daſs der Käufer eine Tratte des Verkäufers oder des Einkaufs-

---

Ordn. v. 1822 § 3 Nr. 3, preuſs. K.O. §§ 26, 27, Code de comm. art. 576 bis 580. Andere ausländ. Gesetze s. Mot. S. 124 Nr. 2, Goldschmidt, H.R. I § 82 S. 855 ff. Litteratur: Voigt, N. Arch. f. H.R. III Nr. 11, IV Nr. 7, 8; Goldschmidt, Ztschr. f. d. ges. H.R. VIII S. 302 ff., H.R. I S. 855 ff.; Eisenlohr, D. rechtl. Natur des Verfolgungsrechts (1867); Oetker, Das Verfolgungsrecht (1883).

[13] In dem alten H.G.B. waren Wertpapiere von den Waren nicht, wie in dem neuen H.G.B. §§ 1 Nr. 1, 381 Abs. 1, unterschieden. Man wird den unter der Herrschaft des alten H.G.B. entstandenen § 44 K.O. im Sinne des früheren Rechts verstehen müssen.

[14] Ob der Ablieferungsort auch der Erfüllungsort ist, ist einerlei. Ebenso, ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder zufolge Auftrags des Käufers die Ware dem Spediteur, Frachtführer etc. übergeben hat. Ebenso, ob der Verkäufer selbst die Ware absendet oder ein Dritter, der ihm die Ware verkauft hat. Mot. S. 166.

[15] Daher nicht, wenn der Verkäufer den Käufer angewiesen hat, die Ware von einem am Platze befindlichen Dritten zu beziehen, und der Käufer darauf den Dritten anweist, ihm die Ware zu übersenden; vgl. Oetker, Verf.R. S. 12, R.G. Entsch. XXVII S. 87.

kommissionärs acceptiert, liegt keine Befriedigung[16]. Sicherstellung steht der Befriedigung nicht gleich.

Hat der Verkäufer des Kommissionärs den Kommittenten als Schuldner angenommen und den Kommissionär freigegeben, so kann der Verkäufer des Kommissionärs die Aussonderung beanspruchen.

Wo der Ablieferungsort ist, bestimmt sich nach dem Vertrag; er kann während des Transportes verändert werden. Besitzergreifung während des Transportes ohne Änderung des Ablieferungsortes hindert die Aussonderung nicht.

Die Aussonderung wird erst dadurch ausgeschlossen, dafs der Gemeinschuldner oder ein Anderer für ihn am Ablieferungsort den Gewahrsam der Ware vor der Konkurseröffnung erlangt. Gewahrsam ist gleich dem Besitz des B.G.B. Der Erwerb des Besitzes bemifst sich nach §§ 854, 855, 868 B.G.B. Der Aussonderungsanspruch erlischt, wenn der Gemeinschuldner selbst oder durch eine der in § 855 B.G.B. bezeichneten Personen die thatsächliche Gewalt über die Sache oder, gemäfs § 868 den mittelbaren Besitz erlangt hat[17].

Wenn der Gemeinschuldner den Besitz vor der Konkurseröffnung erlangt hatte, aber die Ware dem Absender vor oder nach der Konkurseröffnung zur Verfügung gestellt wurde[18], so kann der Absender die Aussonderung zwar nicht auf Grund des § 44 Abs. 1, wohl aber auf Grund des Eigentums verlangen[19].

Die Aussonderung kann nicht verlangt werden, wenn der Verwalter gemäfs § 17 den Vertrag auf Rechnung der Konkursmasse erfüllt (§ 44 Abs. 2)[20]. Die blofse Erklärung, dies thun zu

---

[16] Vgl. R.G.Entsch. XXVII S. 89, Ztschr. f. d. C.Pr. VIII S. 484.

[17] Durch Empfang des Frachtbriefs, Konossements oder Ladescheins wird kein Besitz erworben. Vgl. Mot. S. 167, R.G.Entsch. VIII S. 81, XXXII S. 86. Der Spediteur des Absenders vermittelt nicht Besitz für den Empfänger. Der Frachtführer, der nach Ablieferung des Frachtbriefs die Ware für den Gemeinschuldner verwahrt, macht diesen zum mittelbaren Besitzer; vgl. Ztschr. f. d. C.Pr. VIII S. 482 ff., RG.Entsch. XXVII S. 86.

[18] Nach der Konkurseröffnung kann das nur der Verwalter thun.

[19] Vgl. R.G.Entsch. XVIII S. 161.

[20] Da der Ort, von dem die Ware abgesendet wird, der Erfüllungsort sein kann, so ist es möglich, dafs der Verkäufer mit der Absendung vollständig erfüllt hat. Kann der Verwalter auch in diesem Fall gegenüber dem Aussonderungsanspruch die Befugnis zur Vertragserfüllung ausspielen, obwohl § 17 auf diesen Fall nicht pafst? Die Frage ist mit Oetker, Verf.R. S. 21

wollen, steht dem Aussonderungsanspruche noch nicht entgegen. Aber der Verwalter mufs sich dadurch, dafs er die Erklärung rechtzeitig abgiebt, die Befugnis wahren, gegenüber dem Aussonderungsanspruche die Erfüllung des Vertrages zu fordern (§ 17 Abs. 2).

Neben der Aussonderung kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden, wenn der Verwalter den Vertrag nicht erfüllt.

Ob der Aussonderungsanspruch des § 44 Abs. 1 auf einem Recht an der Sache oder auf einem Forderungsrecht beruhte, ist für das Verhältnis des Aussonderungsberechtigten zu der Gläubigerschaft unerheblich[21]. So wie so kann der Berechtigte von dem Verwalter die Aussonderung der Waren verlangen, auch wenn ein Dritter bereits Rechte an den Sachen erworben hat. Hat der Verwalter die Waren veräufsert, so greift § 46 ein.

Da die Waren, an denen der Verkäufer etc. ein Aussonderungsrecht hat, nicht zur Konkursmasse gehören, ist der Verwalter nicht berechtigt, darüber zu verfügen. Seine Verfügungen sind Verfügungen eines Nichtberechtigten. Inwieweit ein Dritter von einem Nichtberechtigten Rechte herleiten kann, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen (vgl. §§ 933 bis 935, 1207 B.G.B., §§ 366, 367 H.G.B.). Ebenso verhält es sich, wenn der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung über jene Waren verfügt; denn obwohl die Waren nicht zur Konkursmasse gehören, ist der Gemeinschuldner wegen des Aussonderungsrechtes doch nicht zur Verfügung darüber berechtigt.

Abseits vom Konkursrechte liegt die Frage, ob der Verkäufer oder Einkaufskommissionär die Herausgabe der Ware von einem Dritten verlangen kann, der ein Recht an den Waren (Eigentum, Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht) aus einer Verfügung herleitet, die der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses getroffen hat. Diese Frage ist lediglich aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen[22].

---

und gegen Oetker, Ztschr. f. d. C.Pr. XIV S. 29 zu bejahen; denn die Aussonderung soll die Erfüllung rückgängig machen; der Verwalter kann daher das Geschäft wie ein noch nicht erfülltes behandeln.

[21] Über diese Frage vgl. Oetker, Verf.R. S. 54; Petersen und Kleinfeller § 36 III 3; v. Wilmowski § 36 N. 6; Deybeck, Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XVII S. 367.

[22] Hatte der Gemeinschuldner zur Zeit der Verfügung das Eigentum an den Waren erworben, so kann der Verkäufer von dem Dritten die Herausgabe nicht verlangen; so z. B. wenn der Verkäufer durch Übergabe des Kon-

3. Ob die Ehefrau Aussonderungsansprüche im Konkurs über das Vermögen des Mannes hat, ist zunächst nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen[23].

Hat sie derartige Ansprüche in Ansehung von Gegenständen, die sie vor der Eingehung der Ehe erworben hat, so gilt nichts besonderes. Dagegen kann sie die Aussonderung von Gegenständen, die sie während der Ehe erworben hat, nur beanspruchen, wenn sie beweist, dafs die Gegenstände nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind (§ 45). Diesen Beweis hat die Frau zu führen ohne Rücksicht auf die Parteirolle in dem Prozesse[24].

Mittel des Mannes sind nicht blofs Gegenstände, die aus dem Vermögen des Mannes herrühren, sondern auch die Nutzungen des eingebrachten Gutes (§ 1383 B.G.B.) und des Gesamtgutes, ferner die Beiträge, die die Frau nach §§ 1371, 1427 Abs. 2, 1441 B.G.B. dem Manne aus den Einkünften ihres Vermögens oder aus dem Ertrage ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts dem Manne geleistet hat.

Nicht mit Mitteln des Mannes ist erworben, was mit Mitteln erworben ist, die die Frau auf Grund eines gültigen Rechtsgeschäfts (auch schenkungsweise) von dem Manne erhalten hat. Ist ein solches Geschäft anfechtbar (§§ 29 bis 42), so kann die Anfechtung durch Einrede gegen den Aussonderungsanspruch geltend gemacht

---

nossements das Eigentum übertragen hatte (§ 647 H.G.B.). Auf den guten Glauben des Dritten kommt es nicht an. A.M. R.G.Entsch. VIII S. 84 ff., XXXII S. 19 ff. Hatte dagegen der Gemeinschuldner zu jener Zeit das Eigentum noch nicht erworben, so kann der Verkäufer die Herausgabe der Waren von dem Dritten verlangen, es sei denn, dafs seinem Anspruche Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen entgegenstehen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, z. B. die §§ 366, 367 H.G.B. Vgl. Oetker, Verf.Recht S. 54; Kohler, Lehrb. S. 175 f. Der gute Glaube ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber nach den Umständen annehmen mufste, dafs Konkurs bevorsteht.

[23] Bei dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznieſsung kann die Frau die Aussonderung ihres Vorbehaltsguts und des eingebrachten Guts beanspruchen (arg. §§ 1419, 1421 B.G.B.). Bei Gütertrennung kann sie die Aussonderung ihres Vermögens beanspruchen. Bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Aussonderung ihres Vorbehaltsguts; bei Errungenschafts- und bei Fahrnisgemeinschaft die Aussonderung ihres Vorbehaltsguts und des eingebrachten Guts. — Nach dem Dotalsystem kann die Frau die Aussonderung der res dotales „si tamen extant“ verlangen, arg. l. 29, 30 C. de i. d. 5, 12; vgl. Windscheid, Pand. II § 503 Nr. 2.

[24] Die Vermutung des § 1362 Abs. 2 B.G.B. enthebt sie dieser Beweislast nicht.

werden. Hat die Ehefrau zwar mit Mitteln des Mannes erworben, diese aber dem Manne erstattet, so liegt kein Erwerb mit Mitteln des Mannes vor. Wenn ein Gegenstand teilweise mit Mitteln des Mannes erworben wurde, so ist der Aussonderungsanspruch nur auf die Quote begründet, die nicht mit diesen Mitteln erworben ist [25].

Wird die Aussonderung von Gegenständen beansprucht, die nach § 1381 B.G.B. der Frau gehören, so hat die Vorschrift des § 45 keine Bedeutung, weil die Frau ohnehin beweisen mufs, dafs dieselben mit Mitteln des eingebrachten Gutes erworben sind. Dagegen ist die Vorschrift des § 45 von Bedeutung für die Aussonderung der nach § 1382 surrogierten Haushaltungsgegenstände.

Bei dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft ist aufser der Vorschrift des § 45 die Vermutung des § 1527 B.G.B. zu beachten; die Frau mufs diese Vermutung durch Gegenbeweis widerlegen.

Die Vorschrift des § 45 gilt für die Ehefrau und ihre Erben; nicht für ihre Sonderrechtsnachfolger, wenn die Rechtsnachfolge vor der Konkurseröffnung stattfand [26].

4. Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner [27] oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter [28] veräufsert [29] worden, so ist von einer Aussonderung nicht mehr die Rede; wohl aber hat derjenige, welcher die Aus-

---

[25] Vgl. K.Pr. 58, Sächs. Arch. III S. 35.

[26] Vgl. S.A. XLVIII Nr. 238 (O.L.G. Celle).

[27] Hat der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens veräufsert, so ist die Veräufserung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7). Der Verwalter kann den veräufserten Gegenstand zur Masse ziehen; dann greift das Aussonderungsrecht Platz. Genehmigt der Verwalter das Geschäft, so kann er die Forderung des Gemeinschuldners auf die Gegenleistung zur Masse ziehen; dann greift § 46 ein, wie wenn der Verwalter veräufsert hätte.

[28] Ob der Aussonderungsberechtigte gegen denjenigen, an welchen der Verwalter veräufsert hat, Ansprüche hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen; vgl. o. S. 91 N. 3. Hat er solche Ansprüche mit Erfolg geltend gemacht, so entfällt sein Anspruch gegen die Masse, weil die Masse nicht mehr auf seine Kosten bereichert ist. Der Verwalter kann ihn aber nicht auf jene Ansprüche verweisen. Hat der Aussonderungsberechtigte sich vom Verwalter die Forderung auf Gegenleistung abtreten lassen, so hat er die Veräufserung genehmigt. Vgl. Hellwig, Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 233f.

[29] Einziehung einer fremden Forderung ist zwar keine Veräufserung, aber sie ist hier wie eine Veräufserung zu behandeln. Was eingezogen ist, gilt als Gegenleistung.

sonderung beanspruchen könnte[80], einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung, die durch die Veräufserung in die Konkursmasse gelangt ist (§ 46)[81].

Ist die Bereicherung noch in Gestalt eines Forderungsrechtes auf die Gegenleistung vorhanden, so geht der Anspruch auf Abtretung dieses Rechtes samt den accessorischen Rechten. Wurde die Gegenleistung nach Eröffnung des Verfahrens zur Masse eingezogen, sei es direkt durch den Verwalter, sei es dadurch, dafs dem Gemeinschuldner geleistet und die Leistung von ihm abgeliefert wurde, so ist die Gegenleistung als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

Der sich aus § 46 ergebende Anspruch ist ein Masseanspruch im Sinne des § 59 Nr. 3. Der Umstand, dafs er an Stelle eines Aussonderungsanspruchs tritt, ist kein Grund, ihn anders als die sonstigen Bereicherungsansprüche zu behandeln[82]. Insbesondere hat diese Masseschuld keinen Vorrang vor den anderen Masseschulden.

§ 17.

III. Die Absonderung.

1. Allgemeines[1].

Absonderungsberechtigt ist, wer verlangen kann, dafs sein Guthaben aus einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande vor den Konkursforderungen befriedigt wird.

---

[80] Es kommt darauf an, dafs er den Aussonderungsanspruch zu der Zeit noch hätte, wo er den Bereicherungsanspruch verfolgt. Daher besteht z. B. kein solcher Anspruch, wenn das Eigentum nachträglich unterging.

[81] Dazu vgl. Hellwig a. a. O. S. 217 ff.

[82] Abw. Hellwig a. a. O. S. 242 ff.; Oetker, Ztschr. f. d. C.Pr. XIV S. 43 N. 62, XXV S. 71 ff.

[1] Im früheren gem. Recht hiefs die Absonderung separatio ex iure crediti, in Gegensatz zu der separatio ex iure dominii, der Aussonderung. Die Absonderungsberechtigten hiefsen Separatisten ex iure cred. Darüber, wer s. ex iure cred. verlangen kann, bestanden Meinungsverschiedenheiten. Nur das Recht der Nachlafsgläubiger und der Vermächtnisnehmer auf separatio bonorum, d. i. Absonderung des Nachlasses, und das Recht der Lehens- und der Familienfideikommifsgläubiger auf separatio des Lehens und des Familienfideikommisses waren allgemein anerkannt. Aufserdem kamen folgende, nicht allgemein anerkannte Separationen in Frage: a) Ein Separationsrecht der Gläubiger, die einem filius familias mit Rücksicht auf dessen bona castrensia kreditiert hatten, an diesen bonis auf Grund der l. 9 § 1 D. de separ. 42, 6. b) Ein Separationsrecht der Handelsgläubiger

Ausgesondert werden Gegenstände, die nicht zur Masse gehören; abgesondert solche, die zur Masse gehören, aber zur vorzugsweisen Befriedigung gewisser Gläubiger dienen. Die Absonderung eines Gegenstandes setzt dessen Einbeziehung zur Masse voraus.

---

an dem im Handelsgeschäfte steckenden Vermögen nach Analogie von l. 5 §§ 15, 16 D. de trib. act. 14, 4. Waren mehrere selbständige Handelsniederlassungen vorhanden, so nahm man ein Separationsrecht an dem in den einzelnen Niederlassungen steckenden Vermögen für die Gläubiger des betreffenden Geschäfts an. c) Ein Separationsrecht des socius für seine Forderungen pro socio an dem Gesellschaftsvermögen. d) Ein Separationsrecht des Pfandgläubigers, der ein Pfandrecht an einem Gegenstande erworben hatte, bevor dieser titulo singulari vom Gemeinschuldner erworben worden war. e) Ein Separationsrecht der Gläubiger eines Schuldners, dessen Vermögen verkauft worden war, an diesem Vermögen in dem Konkurse des Käufers. f) Ein Separationsrecht der Ehefrau, die ihre Schenkung an den Ehemann widerruft, an der Sache, die aus dem geschenkten Geld angeschafft ist. g) Ein Separationsrecht des pupillus an den mit seinem Gelde vom Vormunde erworbenen Forderungen und Sachen. h) Ein Separationsrecht des Soldaten, mit dessen Geld der Gemeinschuldner unerlaubter Weise Sachen gekauft hat, an diesen Sachen. Wo man Separationsrecht annahm, liefs man bei Überschuldung der zu separierenden Vermögensgruppe zumeist auch den sog. Partikularkonkurs zu; doch war dessen Zulässigkeit für die einzelnen Fälle wieder bestritten. — Über die Separationen s. Dabelow S. 325 ff., Schweppe §§ 147 f., Kori §§ 70 f., Bayer § 21 bes. N. 10, Fuchs, Concursverf. S. 2, 35 ff., Schmid, Handb. d. C.Pr. III S. 195 ff., Vangerow, Pand. III § 593. — Hypotheken- und Faustpfandgläubiger bezeichnete man nicht als Separatisten (s. jedoch die Ausnahme ad d). Hypothekare wurden als Konkursgläubiger mit Vorzugsrecht auf den Erlös des Hypothekenobjekts behandelt; aus dem Erlös wurde eine sog. Specialmasse gebildet, auf die die Hypothekare ihrem Range nach angewiesen wurden. Die Hypothekare mufsten sich am Konkursverfahren beteiligen und bei Meidung der Präklusion im Termin liquidieren. Wie die Faustpfandgläubiger zu behandeln seien, war bestritten. Nach der Ansicht der meisten brauchten sie sich am Konkurse nicht zu beteiligen und konnten ihr Pfand retinieren, nach der Ansicht anderer mufsten sie das Pfand herausgeben und im Konkurse liquidieren, hatten aber wie die Hypothekare ein Vorzugsrecht auf den Erlös. Vgl. Fuchs a. a. O. S. 37 ff., wo die Litteratur über diese Streitfrage angegeben ist.

In der alten K.O. § 43 war aufser den auch in der neuen K.O. anerkannten Absonderungsrechten noch das Absonderungsrecht der Nachlafsgläubiger und der Vermächtnisnehmer anerkannt, wo solches nach Landesgesetz bestand. Dieses ist weggefallen, da die Nachlafsgläubiger befugt sind, den Nachlafskonkurs zu verlangen, auch wenn der Erbe] die Erbschaft angenommen hat.

Litteratur: Th. Wolff, das Absonderungsrecht im Konkurse, 1892.

Der Absonderungsanspruch ist kein selbständiges Recht, sondern gründet sich auf ein aufserhalb des Konkurses bestehendes Recht.

Dieses Recht mufs vor der Eröffnung des Konkurses entstanden sein; denn nach der Eröffnung können Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden (§ 15 Satz 1); Ausnahmen können sich aus § 15 Satz 2 und aus 24 ergeben.

Besonderes gilt im Konkurs über einen Nachlafs und im Konkurs über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft. In einem solchen Konkurse kann ein Absonderungsanspruch nicht auf Grund eines Rechtes geltend gemacht werden, das durch eine nach dem Eintritt des Erbfalls, wenn auch vor der Konkurseröffnung erfolgte Mafsregel der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung entstanden ist (§§ 221 Abs. 1, 236 Satz 1)[2]. Dies gilt sowohl für die Nachlafsgläubiger wie für die persönlichen Gläubiger des Erben.

Die Schuld, für die die Absonderung verlangt wird, kann bedingt oder betagt sein, wenn das dem Absonderungsanspruch zu Grunde liegende materielle Rechte dies verträgt.

Die Schuld braucht keine persönliche Schuld des Gemeinschuldners zu sein. Aber neben dem Absonderungsrechte kann eine persönliche Schuld des Gemeinschuldners oder eines Dritten bestehen, wenn dies nach dem dem Absonderungsrechte zu Grund liegenden Rechte möglich ist.

Über die Behandlung des Absonderungsberechtigten, der auch persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners ist, s. o. S. 43, 44.

Der Konkursverwalter kann durch Befriedigung des Absonderungsberechtigten das Absonderungsrecht ablösen, wenn sich der Gläubiger die Befriedigung gefallen lassen mufs. Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den abzusondernden Gegenstand, so gelten die Vorschriften des § 268 B.G.B.; der Verwalter ist daher berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen; die Hypothek, die Grundschuld, die Rentenschuld, das Pfandrecht gehen auf die Gläubigerschaft über (arg. §§ 268 Abs. 3, 401, 412, 1250 B.G.B.)

---

[2] Mafsgebend waren lediglich Billigkeitserwägungen; vgl. Begr. d. Nov. S. 49.

Der Absonderungsanspruch ist gerichtlich und aufsergerichtlich gegen den Konkursverwalter geltend zu machen, weil diesem die Verfügung über den abzusondernden Gegenstand zusteht[3]. Der Absonderungsberechtigte kann von dem Verwalter verlangen, dafs er die abgesonderte Befriedigung dulde und, soweit seine Mitwirkung erforderlich ist, dazu mitwirke. Soll ein Absonderungsrecht im Werte von mehr als 300 Mark anerkannt werden, so hat der Verwalter, falls ein Gläubigerausschufs bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen (§ 133 Nr. 2).

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren (§ 4 Abs. 2). Die Art und Weise der Befriedigung bemifst sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Ist der Absonderungsberechtigte kraft des seinem Absonderungsanspruche zu Grunde liegenden Rechtes befugt, sich ohne Mitwirkung von Gericht oder Gerichtsvollzieher aus dem Gegenstande zu befriedigen, z. B. kraft Pfandrechts (§§ 1233 ff. B.G.B.) oder kraft des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (§ 371 Abs. 2 H.G.B.), so kann er das auch während des Konkurses. Ist er dagegen auf die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung angewiesen, so z. B. bei Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld (arg. § 1149 B.G.B.) oder bei dem Pfändungspfandrecht, so bedarf er der Mitwirkung der Vollstreckungsorgane auch während des Konkurses.

Nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes bemifst sich auch, ob der Absonderungsberechtigte zu dem Befriedigungsverfahren eines vollstreckbaren Titels bedarf. Bedarf er eines solchen Titels (so überall, wo er auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung angewiesen ist, ferner beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht, arg. § 371 Abs. 3 H.G.B.), so ist während des Konkurses ein gegen den Verwalter lautender Titel erforderlich, weil diesem die Verfügung über den Absonderungsgegenstand zusteht. Hatte der Absonderungsberechtigte einen Vollstreckungstitel vor der Eröffnung des Verfahrens erlangt, so mufs er die Vollstreckungsklausel gegen den Verwalter als Organ der Gläubigerschaft erwirken (arg. § 727 C.Pr.O.); denn dieser succediert dem Gemeinschuldner in der Verfügungsgewalt. Fortsetzen kann er das vor der Eröffnung des Verfahrens begonnene Vollstreckungsverfahren ohne Umstellung der Klausel; denn dieses Verfahren wird durch die Konkurseröffnung nicht unterbrochen. Hatte der Absonderungsberechtigte vor der Konkurseröffnung noch keinen Voll-

[3] Vgl. Mot. S. 30.

streckungstitel für sein Absonderungsrecht, so mufs er sich einen solchen durch Klage oder Mahnverfahren gegen den Verwalter verschaffen. Ein anhängiger Prozefs über das dem Absonderungsrechte zu Grund liegende Recht ist gegen den Verwalter aufzunehmen (arg. § 240 C.Pr.O., § 11 K.O.).

Es kann sein, dafs dem Absonderungsberechtigten zwar das Recht zusteht, aus einem Gegenstande Befriedigung zu verlangen, dafs er aber die Verwertung nicht betreiben kann. So bei aufschiebend bedingtem oder betagtem Anspruche, ferner bei denjenigen Zurückbehaltungsrechten, welche die Veräufserungsbefugnis nicht enthalten. Dann kann der Absonderungsberechtigte die Verwertung auch während des Konkurses nicht betreiben, aber er kann verlangen, bei Verwertung des Gegenstandes durch den Verwalter entsprechend berücksichtigt zu werden. Bei bedingtem Anspruche ist der Gläubiger berechtigt, die Hinterlegung zu verlangen (vgl. §§ 48, 120 Zw.V.G.), bei betagtem Anspruche die Zahlung mit Abzug der Zwischenzinsen (vgl. § 111 Zw.V.G.), bei einem Zurückbehaltungsrechte die Befriedigung. Ein Anspruch von unbestimmtem Betrage, z. B. eine Kautionshypothek oder ein Kautionspfandrecht, ist wie ein aufschiebend bedingter Anspruch zu behandeln (vgl. § 14 Zw.V.G.)[4].

Der Verwalter ist befugt, die Verwertung von Gegenständen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, zu betreiben[5]. Verwertet der Verwalter einen solchen Gegenstand, so ist zu unterscheiden, ob das dem Absonderungsrecht zu Grund liegende Recht durch die Verwertung erloschen ist oder nicht. Ist es erloschen, so ist die Konkursmasse um den Betrag, den der Absonderungsberechtigte aus dem Gegenstand hätte verlangen dürfen, auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert. Der Absonderungsberechtigte kann also vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös beanspruchen. Der Anspruch ist Masseanspruch (§ 59 Nr. 3). Ist das dem Absonderungsrechte zu Grund liegende Recht durch die Verwertung des Gegenstandes nicht erloschen, so kann es gegen den Erwerber geltend gemacht werden.

Uber die Verpflichtung der Absonderungsberechtigten, dem Verwalter den Besitz von Sachen und ihre Forderungen anzuzeigen, s. unten § 45.

---

[4] Die im Text vorgetragenen Sätze ergeben sich aus Verallgemeinerung der in den §§ 65 bis 67 K.O. und in den cit. §§ des Zw.V.G. ausgesprochenen Regeln.

[5] Näheres darüber s. u. § 45, Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse.

Das Absonderungsrecht kann nur bis zur Beendigung des Konkurses geltend gemacht werden. Nach der Beendigung kann nur in Frage kommen, ob jemand, der ein Absonderungsrecht gehabt hätte, von den einzelnen Konkursgläubigern die Herausgabe der Bereicherung beanspruchen kann, die ihnen auf seine Kosten zugekommen ist. Von einer solchen Bereicherung kann nur die Rede sein, wenn das dem Absonderungsrechte zu Grund liegende Recht zufolge der Verwertung des Gegenstandes erloschen ist. Ob in einem solchen Fall eine ungerechtfertigte Bereicherung vorhanden ist, ist eine Frage des bürgerlichen Rechts[6].

Wird das Absonderungsrecht von dem Verwalter nicht anerkannt, so ist der Streit nach den Vorschriften der C.Pr.O. auszutragen. Die Initiative kann je nach den Umständen von dem Absonderungsberechtigten oder von dem Verwalter ergriffen werden. Die Klage kann je nach den Umständen Leistungs- oder Feststellungsklage sein. Wird der Verwalter zu einer Leistung verurteilt, z. B. zur Auszahlung eines Erlöses, so steht aufser den allgemeinen Vollstreckungsmitteln auch die Möglichkeit offen, das Konkursgericht als die Aufsichtsbehörde anzugehen.

Ein zur Zeit der Konkurseröffnung anhängiger Rechtsstreit über ein Absonderungsrecht kann von dem Verwalter und gegen ihn aufgenommen werden (§ 11).

Wird der Konkurs durch Schlufsverteilung beendigt, so wird selten ein Prozefs über ein Absonderungsrecht noch anhängig sein; denn die Schlufsverteilung soll erst stattfinden, wenn die Verwertung der Masse beendigt ist. Möglich ist es immerhin, dafs die Schlufsverteilung stattfindet, während noch ein Absonderungsprozefs anhängig ist, so insbesondere bei Hinterlegung des Betrags. Dann ist der Rechtsstreit von dem Verwalter fortzuführen. Dieser bleibt legitimiert, weil der im Prozefs befangene Betrag eventuell durch Nachtragsverteilung den Konkursgläubigern zukommt.

Wird der Konkurs durch Zwangsvergleich oder Einstellung beendigt, während ein Prozefs über ein Absonderungsrecht noch anhängig ist, so kann der Prozefs von dem und gegen den Gemeinschuldner fortgesetzt werden; denn hier erhält dieser die Verfügung über den Absonderungsgegenstand oder dessen Erlös

---

[6] Die Rechtslage ist ähnlich, wie wenn ein dem Schuldner nicht gehöriger Gegenstand zur Konkursmasse gezogen und veräufsert worden ist. Vgl. o. § 16 bei N. 3.

zurück. Der Gemeinschuldner muſs den Rechtsstreit in der Lage übernehmen, in der er sich zur Zeit der Beendigung des Konkurses befindet.

§ 18.

2. Die einzelnen Absonderungsberechtigten.

1. Wer absonderungsberechtigt ist, ergiebt sich ausschlieſslich aus den §§ 47 bis 52 K.O. Soweit in diesen Bestimmungen auf die Landesgesetze verwiesen ist (§ 52), ergiebt sich das Absonderungsrecht aus der K.O. in Verbindung mit den Landesgesetzen. Andere als die in der K.O. vorgesehenen Rechte auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, die zur Konkursmasse gehören, können in einem unter der Herrschaft der K.O. stehenden Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden (§ 4 Abs. 1). Dies gilt auch in Ansehung von Pfandrechten und Vorzugsrechten, die vor dem Inkrafttreten der K.O. erworben sind (§ 11 E.G.). Doch kann die Landesgesetzgebung in den in §§ 12, 13 E.G. bezeichneten Fällen anstatt eines nach den Bestimmungen der K.O. im Konkurse nicht mehr wirksamen Absonderungsrechts ein Vorzugsrecht gewähren[1].

Da die K.O. nicht im Auslande gilt, so kann es vorkommen, daſs ein im Auslande wohnender Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes für eine Forderung nach ausländischem Recht ein Absonderungsrecht ausübt, das nach den Bestimmungen der deutschen K.O. nicht als solches anerkannt ist. Wird diese Situation dadurch herbeigeführt, daſs ein Konkursgläubiger nach der Eröffnung des Verfahrens oder mit Kenntnis des Eröffnungsantrags oder der Zahlungseinstellung seine Forderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörenden Gegenstandes oder in der Absicht, daſs dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt[2], so ist er verpflichtet, der Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, der ihr dadurch entgeht, daſs der Inhaber ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt (§ 50 Satz 1). Erfolgte die Abtretung früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung, so kann der Schadensersatz

[1] Solche Landesgesetze sind oben § 13 N. 22 zusammengestellt.

[2] Unter Abtretung ist hier auch die Indossierung und die Übertragung eines Inhaberpapiers zu verstehen. Was von der Abtretung gilt, gilt auch von der Übertragung durch Gesetz, wenn diese von dem Konkursgläubiger unter den § 50 bezeichneten Umständen herbeigeführt wurde, z. B. durch Annahme eines im Auslande Wohnenden als Bürgen, der dann durch Befriedigung des Gläubigers die Forderung erwirbt.

nicht deswegen verlangt werden, weil dem Abtretenden die Zahlungseinstellung bekannt war (§ 50 Satz 2 verb. mit § 33).

Neben dem Abtretenden haftet die Mittelsperson als Gesamtschuldner, wenn auch in ihrer Person die die Ersatzpflicht begründenden Umstände zutreffen.

Bei der Berechnung des Schadens ist von dem Werte des der Masse entzogenen Gegenstandes der Betrag abzuziehen, der auf die Forderung ohne Absonderung als Konkursdividende entfallen würde. Diese steht allerdings vor der Beendigung des Verfahrens nicht fest; sie kann aber schon vorher abgeschätzt werden. Kommt es zum Prozesse, so ist § 287 C.Pr.O. anwendbar[3].

Der Entschädigungsanspruch ist Surrogat dafür, dafs bei Abtretung nach der Konkurseröffnung die sich aus § 15 ergebende Unwirksamkeit, bei Abtretung vor der Eröffnung die sich aus § 30 ergebende Anfechtbarkeit des Erwerbs des Absonderungsrechts gegenüber dem im Auslande wohnenden Inhaber nicht geltend gemacht werden kann. Der Entschädigungsanspruch steht daher der Gläubigerschaft zu und wird von dem Konkursverwalter ausgeübt. Er kann nur während des Konkurses geltend gemacht werden. Er kann nicht auf den Gemeinschuldner übergehen. Mit einem bei Beendigung des Konkurses anhängigen Prozefs über den Anspruch verhält es sich ebenso wie mit einem Anfechtungsprozesse[4].

2. Absonderungsansprüche ergeben sich aus Sachobligationen[5].

Eine Sachobligation ist vorhanden, wenn für eine Schuld ein Gegenstand (Sache oder Recht) haftet, einerlei, wem er gehört. Der Gläubiger der Sachobligation ist entweder berechtigt, sich aus dem Gegenstande zu befriedigen oder den Gegenstand bis zur Befriedigung zurückzubehalten.

Als Rechte, die einen auf Sachobligation beruhenden Absonderungsanspruch begründen, kommen in Betracht:

---

[3] Vgl. Mot. z. Entw. e. Gemeinschuldordn. S. 310, Wolff S. 239 ff. Unrichtig Fitting § 19 N. 40 und v. Wilmowski § 42 N. 3. Auch der Ansicht von Oetker, Grundbegr. I S. 243 f. und Petersen und Kleinfeller § 42 N. 2, dafs in ein vor der Feststellung der Konkursdividende ergehendes Urteil ein Vorbehalt wegen der Dividende aufzunehmen sei, kann nicht beigepflichtet werden, da die C.Pr.O. ein solches Urteil mit Vorbehalt nicht kennt.

[4] Darüber vgl. unten § 37 gegen Ende.

[5] Der Ausdruck „Sachobligation" ist hier gewählt, obwohl solche Obligationen nicht blofs an Sachen, sondern auch an Rechten bestehen können, weil „Gegenstandsobligation" ungebräuchlich und unschön ist.

a) Rechte an Gegenständen (Sachen und Rechten), die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, wenn dem Berechtigten ein Recht auf Befriedigung aus dem Gegenstande zusteht (§ 47).

Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen aufser den Grundstücken die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, ferner die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe (§ 864 C.Pr.O.), nicht aber die Anteile an solchen Schiffen (§ 865 Abs. 1 C.Pr.O.).

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen umfafst auch die Gegenstände, auf welche sich bei Grundstücken, bei Berechtigungen und bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht erstreckt (§ 865 Abs. 1 C.Pr.O.). Die Rangordnung der Ansprüche ist in den §§ 10, 155 Zw.V.G. bestimmt.

α) An Grundstücken bestehen solche Rechte nach dem B.G.B. bei der Schuld einer Rente für den Überbau und für den Notweg (§§ 912 bis 917), bei der Reallast in Ansehung der einzelnen Leistungen (§§ 1105 ff., 1107), bei der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld, ferner nach Zw.V.G. §§ 10 Nr. 5, 20, 23 Abs. 1 zufolge der Beschlagnahme eines Grundstücks für den Gläubiger, für den das Verfahren angeordnet ist (arg. § 135, 136 B.G.B., § 13 zweiter Halbsatz K.O.)[6].

Welche vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstandene Rechte auf abgesonderte Befriedigung aus Grundstücken bestehen, bemifst sich nach den bis zu diesem Zeitpunkt mafsgebenden Landesgesetzen (arg. Art. VI E.G.) und nach § 39 K.O. von 1877.

β) Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, sind das Erbbaurecht (§ 1017 B.G.B.), das Erbpachtrecht, einschliefslich des Büdner- und des Häuslerrechts, sowie das Recht zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (Art. 63 Satz 2, 68 Satz 2 E.G. z. B.G.B.). Ferner kann die Landesgesetzgebung für Berechtigungen, die innerhalb der ihr vorbehaltenen Gebiete liegen, z. B. für Bergwerkseigentum, Fischereiberechtigungen, vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte an Grundstücken (Art. 67, 69, 196 E.G. z. B.G.B.), bestimmen, dafs sie den auf Grundstücke bezüglichen Vorschriften unterliegen.

---

[6] Vgl. Denkschr. z. d. Entw. e. Zw.V.G. S. 37: „Der das Verfahren betreibende persönliche Gläubiger wird so behandelt, wie wenn für ihn eine Hypothek an letzter Stelle im Grundbuch eingetragen wäre."

Wenn für solche Berechtigungen die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften kraft Reichs- oder Landesgesetzes gelten, so kann ein Absonderungsanspruch nur auf eines der Rechte begründet werden, die einen solchen Anspruch in Ansehung eines Grundstücks begründen würden.

γ) Abgesonderte Befriedigung aus einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe (vgl. R.G. v. 24. Okt. 1867, v. 28. Juni 1873, v. 15. Juli 1885 und v. 15. Juni 1895) kann auf Grund Pfandrechts und auf Grund von Beschlagnahme (§ 162 Zw.V.G.) verlangt werden. Zur Bestellung eines Pfandrechts ist die Eintragung in das Schiffsregister erforderlich (§ 1260 Abs. 1 B.G.B.). Ein gesetzliches Pfandrecht entsteht an einem registrierten Schiffe nicht anders wie an einem nicht registrierten. Ein Pfändungspfandrecht ist nicht möglich, da ein registriertes Schiff nicht Gegenstand der Mobiliarexekution ist.

b) Pfandrechte an Gegenständen (Sachen und Rechten), die der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegen (§§ 48, 49 Nr. 2).

α) Ein Pfandrecht kann durch Rechtsgeschäft bestellt werden. In welcher Weise, ergeben die §§ 1204 bis 1207, 1259, 1260, 1274, 1280, 1291 bis 1293 B.G.B. und die §§ 366, 367, 679 ff. H.G.B.

In Ansehung von Pfandrechten, die vor dem 1. Jan. 1900 entstanden sind, bleibt das frühere Recht, also auch der § 40 der K.O. v. 1877 in Verbindung mit §§ 14 bis 16 des alten E.G.[7], maßgebend (arg. Art. VI E.G.).

β) Ein Pfandrecht kann kraft Gesetzes entstehen.

Übersicht der gesetzlichen Pfandrechte:

Pfandrecht des Mieters für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis an den eingebrachten Sachen, §§ 559 bis 562 B.G.B.,

Pfandrecht des Verpächters für seine Forderungen aus dem Pachtverhältnis an den eingebrachten Sachen und an den Früchten eines landwirtschaftlichen Grundstücks, §§ 581 Abs. 2, 585 B.G.B.

Das Pfandrecht des Vermieters und das des Verpächters kann in Ansehung des Miet- oder Pachtzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr

[7] Der § 40 der alten K.O. beschränkt den Absonderungsanspruch auf das Faustpfandrecht, in Gegensatz zur Hypothek. Die §§ 14 bis 16 E.G. stellen Minimalerfordernisse für das Vorhandensein eines Faustpfandrechts i. S. d. K.O. auf.

vor Eröffnung des Verfahrens[8] sowie in Ansehung des dem Vermieter oder dem Verpächter infolge Kündigung des Konkursverwalters (vgl. § 19) oder des Erwerbers (§ 21 Abs. 3 K.O. verb. mit § 57 Satz 2 Zw.V.G.) entstehenden Entschädigungsanspruchs (vgl. § 26) nicht zur Begründung eines Absonderungsanspruchs geltend gemacht werden; das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks unterliegt in Ansehung des Pachtzinses der Beschränkung nicht (§ 49 Nr. 2)[9].

Pfandrecht des Pächters eines Grundstücks für die Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken, § 590 B.G.B.,

Pfandrecht des Unternehmers eines Werkes für seine Forderungen aus dem Vertrag an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind, § 647 B.G.B.,

Pfandrecht des Gastwirts für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährten Leistungen, mit Einschluſs der Auslagen, an den eingebrachten Sachen des Gastes, § 704 B.G.B.,

Pfandrecht des Kommissionärs, § 397 H.G.B.,

Pfandrecht des Spediteurs, § 410 H.G.B.,

Pfandrecht des Lagerhalters, § 421 H.G.B.,

Pfandrecht des Frachtführers, §§ 440, 443 H.G.B., § 26 R.G. v. 15. Juni 1895, betr. d. privatr. Verh. d. Binnenschiffahrt, Redaktion v. 1898,

Pfandrecht des Verfrachters, §§ 623, 674 H.G.B.,

Pfandrecht des Vergütungsberechtigten in Havereifällen, § 725 H.G.B., § 89 R.G. betr. die privatr. Verh. d. Binnenschiffahrt,

Pfandrecht der Schiffsgläubiger, §§ 754, 755 H.G.B., §§ 20, 21, Strandungsordn. v. 17. Mai 1874, §§ 97, 102 ff. R.G. betr. d. privatr. Verh. d. Binnenschiffahrt,

Pfandrecht des Schiffseigners, § 77 Abs. 2 des zuletzt cit. Gesetzes,

Pfandrecht des Entschädigungsberechtigten, § 22 R.G. v. 15. Juni 1895, betr. d. privatr. Verh. d. Flöfserei,

Pfandrecht der Gläubiger von Bergungs- und Hülfskosten, § 28 desselben Gesetzes.

γ) Ein Pfandrecht kann durch Pfändung entstehen und zwar durch Pfändung, die von einem Beamten oder einer Behörde vollzogen wird, wie durch Privatpfändung, soweit diese zulässig ist (vgl. § 89 E.G. z. B.G.B.). Einerlei, ob die Pfändung zur Zwangs-

---

[8] Das Absonderungsrecht besteht für den rückständigen Zins nur soweit dieser für das letzte Jahr, zurückgerechnet vom Tage der Konkurseröffnung, zu zahlen ist, ohne Rücksicht auf den Fälligkeitstermin, vgl. Wolff, Abs.-Recht S. 420, R.G.Entsch. XXXIV S. 100, ferner für den laufenden Zins. Der Teil des Zinses, der auf die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens entfällt, ist Masseschuld, R.G.Entsch. XXXIV S. 101; das Absonderungsrecht kann aber auch für diesen Zins geltend gemacht werden, R.G.Entsch. XIV S. 3.

[9] Diese Begünstigung des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks entspricht dem § 585 B.G.B. Der Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks kann das Pfandrecht für den älteren Pachtzins, nicht für den Entschädigungsanspruch, geltend machen.

vollstreckung oder zur Sicherung (Arrestierung) vollzogen wird (vgl. § 930 C.Pr.O.)[10].

In welcher Weise die Pfändung zu vollziehen ist, ergiebt sich für die Pfändung durch Beamte und Behörden der Justizverwaltung aus der C.Pr.O., für Pfändung durch andere Beamte und Behörden aus den Landesgesetzen. Nur aus ordnungsmäfsiger Pfändung entsteht ein Pfandrecht.

Das an dem gepfändeten Gegenstande begründete Pfandrecht erstreckt sich auf den hinterlegten Erlös[11].

c) Zurückbehaltungsrechte. Aber nicht jedes Zurückbehaltungsrecht begründet einen Absonderungsanspruch. Die einen solchen Anspruch begründenden Zurückbehaltungsrechte sind:

α) Das Zurückbehaltungsrecht der Reichskasse, der Staatskassen, der Gemeinden, der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückbehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen (§ 49 Abs. 1 Nr. 1)[12].

β) Das Zurückbehaltungsrecht desjenigen, welcher etwas zum Nutzen einer beweglichen oder unbeweglichen Sache verwendet hat, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags seiner Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache (§ 49 Abs. 1 Nr. 3). Ob jemand den Ersatz von Verwendungen verlangen kann und ob er deswegen ein Zurückbehaltungsrecht hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen[13]. Die K.O. gewährt kein von dem bürgerlichen Recht unabhängiges Absonderungsrecht, sondern setzt einen Ersatz-

---

[10] Da die Bestimmungen der C.Pr.O. über Vollziehung und Wirkung des dinglichen Arrests auf die nach § 325 St.Pr.O. und nach § 140 St.G.B. mit § 480 St.Pr.O. erfolgte Beschlagnahme entsprechend anzuwenden sind, so entsteht durch die Pfändung auf Grund der Beschlagnahme eine Pfandschuld mit Absonderungsrecht. Nicht so bei den Beschlagnahmen nach § 332 St.Pr.O. und nach § 93 St.G.B. mit § 480 St.Pr.O.

[11] Vgl. Wolff, Abs.R. S. 59 ff., L. Seuffert, Komm. z. C.Pr.O. § 709 N. 4 litt. e.

[12] Vgl. § 14, 100 bis 135, 156 Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 B.G.Bl. S. 317; Art. 33 bis 40 der R.Verf.; Prot. v. 15. Okt., 25. Nov. 1870, B.G.Bl. S. 651, 657; Prot. v. 23. Nov. 1870, B.G.Bl. 1871 S. 25; Zollges. v. 15. Juli 1879, R.G.Bl. S. 207; §§ 2, 3, 10, 11 R.G. betr. den Spielkartenstempel v. 3. Juli 1878, R.G.Bl. S. 133. Das aus dem Vereinszollgesetz §§ 14, 100, begründete Absonderungsrecht hat den Vorrang vor allen anderen.

[13] Vgl. §§ 102, 273 Abs. 2, 3, 292 Abs. 2, 304, 347 Satz 2, 450 Abs. 2, 500, 501, 547 Abs. 2, 601 Abs. 2, 652 Abs. 2, 850, 972, 994 ff., 1049, 1057, 1210 Abs. 2, 1216, 1466, 2022, 2125, 2185 B.G.B.

anspruch mit Zurückbehaltungsrecht voraus. Das Absonderungsrecht beschränkt sich auf den Mehrwert zufolge der Verwendungen. Der Ersatzanspruch und das Zurückbehaltungsrecht können weiter gehen.

Ein weiter gehendes Zurückbehaltungsrecht kann gegenüber dem Konkursverwalter als Einrede geltend gemacht werden. Ebenso ein Zurückbehaltungsrecht, das jemandem aus einem anderen Grund als wegen Verwendungen zusteht[14].

γ) Die nach dem Handelsgesetzbuch §§ 369 bis 372, 615 Abs. 1, 627, 751, 888 begründeten Zurückbehaltungsrechte an beweglichen Sachen und Wertpapieren.

Ad α bis γ: Wenn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (vgl. § 273 Abs. 3 B.G.B., § 369 Abs. 4, § 615 Abs. 1, 751 H.G.B.), so ist auch der Konkursverwalter dazu befugt. Dann hat der Zurückbehaltungsberechtigte ein Pfandrecht an der Sicherheit und deswegen ein Absonderungsrecht daran.

Die in Abs. 1 Nr. 1 des § 49 bezeichneten Rechte gehen den in Abs. 1 Nr. 2 bis 4 und den in § 48 bezeichneten Rechten vor (§ 49 Abs. 2). Im übrigen sind die Rangverhältnisse der Absonderungsberechtigten nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Die K.O. bestimmt nur, dafs ein Absonderungsberechtigter auf Grund Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts zuerst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen und zuletzt wegen des Kapitals Befriedigung verlangen kann (§ 48 mit § 49).

d) Wer sich zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens mit dem Gemeinschuldner in einer Gemeinschaft befindet, kann wegen seiner aus der Gemeinschaft begründeten Forderung abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen (§ 51)[15].

Dieser Absonderungsanspruch, der sich bereits in § 44 der K.O. v. 1877 findet, konnte vor dem B.G.B. nicht aus einer aufserhalb des Konkurses vorhandenen Sachobligation abgeleitet werden. Durch § 756 B.G.B. ist aber für die aus der Gemeinschaft herrührenden Ansprüche eines Teilhabers gegen einen anderen Teilhaber neben der persönlichen Haftung eine Sachhaftung geschaffen,

---

[14] Eine Ausnahme s. § 223 für den Nachlafskonkurs.

[15] Wegen des früheren gem. Rechts vgl. Carpzow, Decis. I 54; Leyser, Meditat. ad Pand. spec. 389; Dabelow S. 353 f.; Bayer § 21 N. 10. Die Mehrzahl der Schriftsteller bestritt dieses Absonderungsrecht.

indem bestimmt ist, dafs der Gläubiger die Berichtigung (d. i. die Befriedigung) seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes beanspruchen und dafs dieser Anspruch auch gegen den Sondernachfolger geltend gemacht werden kann (arg. § 756 Satz 2 verb. mit § 755 Abs. 2 B.G.B.)[16]. Doch ist die Sachobligation im Falle der Teilung des Miteigentums eines Grundstücks davon abhängig, dafs sie in das Grundbuch eingetragen wird (arg. § 1010 Abs. 2 B.G.B.).

Unter Gemeinschaft im Sinne des § 51 ist sowohl die sog. Gemeinschaft nach Bruchteilen (vgl. §§ 741, 1008 B.G.B.), als die Gemeinschaft zur gesamten Hand zu verstehen. Welche Ansprüche aus der Gemeinschaft begründet werden, ergiebt das bürgerliche Recht (vgl. §§ 733, 734, 748, 755, 1463 bis 1467, 1476, 1478, 1499, 1504, 2038, 2050 bis 2055 B.G.B.).

Voraussetzung des Absonderungsanspruchs ist, dafs die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung stattgefunden hat (§ 16) und dafs der ermittelte Anteil des Gemeinschuldners zur Masse gezogen worden ist.

Zwischen § 51 K.O. und § 756 B.G.B. besteht insofern eine Inkongruenz, als nach § 51 der Absonderungsanspruch nur begründet zu sein scheint, wenn die Gemeinschaft zur Zeit der Konkurseröffnung noch bestanden hat, während nach § 756 B.G.B. die Sachobligation auch dann vorhanden ist, wenn die Gemeinschaft schon vor der Konkurseröffnung aufgelöst war und der ermittelte Anteil des Gemeinschuldners dann zur Masse gezogen wird. Man wird auch in diesem Falle einen Absonderungsanspruch annehmen müssen, da nicht abzusehen ist, warum die zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Sachobligation im Konkurs unwirksam werden sollte. Ist der Gemeinschuldner Sondernachfolger des früheren Miteigentümers eines Grundstücks, so hängt allerdings der Absonderungsanspruch von dem Eintrag in das Grundbuch ab (arg. § 1010 Abs. 2 B.G.B.).

3. Gehört Vermögen, das die Eigenschaft eines Lehens, Stammguts oder Familienfideikommisses hat, mit der Substanz oder mit den Revenuen zur Masse des gegen den Inhaber eröffneten Konkurses,

---

[16] Vgl. hierzu § 770 Entw. I B.G.B. (keine Haftung des Sondernachfolgers, daher noch keine Sachobligation); dann Verh. d. II. Komm., autogr. Prot. S. 3107 (Achilles, Lief. 6, 7 S. 765), wonach dem Teilhaber in Ansehung seiner Gemeinschaftsforderung aufserhalb des Konkurses dieselbe Rechtsstellung gewährt werden soll, wie er sie auf Grund des § 44 K.O. v. 1877 im Konkurse hatte.

worüber die Landesgesetze zu bestimmen haben (§ 5 E.G.), so haben die Lehens-, Stammguts- oder Familienfideikommifs-Gläubiger ein Absonderungsrecht an jenem Vermögen (§ 52). Welche Schulden Lehens-, Stammguts- und Fideikommifsschulden sind, bestimmen die Landesgesetze [17] (Art. 59, 60 E.G. z. B.G.B.). Aus diesen ist auch der Charakter der Schulden (ob Sachobligationen oder persönliche Schulden des Lehens-, Stammguts-, Fideikommifsinhabers) zu beurteilen. Das Absonderungsrecht besteht, auch wenn die Schulden keine Sachobligationen sind.

---

[17] Vgl. pr. A.L.R. I 18 §§ 228 ff., 311 ff., II 4 §§ 104 ff., 213; bayer. Edikt ü. d. Fam.Fideikomm. Beil. VII zu Tit. V der Verf.Urk., §§ 52 bis 63.

Drittes Hauptstück.

§ 19.

Allgemeine Vorschriften über das Verfahren.

1. Wie in jedem besonderen Prozesse, so finden auch im Konkursprozesse die Vorschriften der C.Pr.O. über den ordentlichen Prozefs entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den besonderen Vorschriften, hier also aus denen der K.O., Abweichungen ergeben (§ 72). Ihre Anwendung ist dem Konkursprozefs anzupassen. Soweit sich jene Vorschriften für das Konkursverfahren überhaupt nicht eignen, sind sie nicht anwendbar.

Im einzelnen ergiebt sich:

a) Von den Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit kommen die §§ 13 bis 19 C.Pr.O. über den allgemeinen Gerichtsstand zur Anwendung (§ 71 Abs. 1). Dem § 35 C.Pr.O. entspricht die Vorschrift des § 71 Abs. 2 K.O. Die Bestimmungen der § 36 Nr. 1, 2, 5, 6 C.Pr.O. finden Anwendung[1].

b) Entsprechende Anwendung finden die Vorschriften über Ausschliefsung und Ablehnung von Gerichtspersonen. In dieser Beziehung kommen die bei dem Konkursverfahren Beteiligten (Gläubiger, Gemeinschuldner etc.) als Parteien im Sinne der §§ 41 bis 49 C.Pr.O. in Betracht.

c) Entsprechende Anwendung finden die Vorschriften über Partei- und Prozefsfähigkeit[2], Streitgenossenschaft[3], Prozefs-

[1] Vgl. oben S. 38.

[2] Aus der entsprechenden Anwendung des § 56 C.Pr.O. folgt, dafs das Konkursgericht Handlungen eines Prozefsunfähigen oder eines nicht zur Vertretung Legitimierten von Amtswegen als unwirksam zu behandeln hat, un-

bevollmächtigte[4] und Beistände, Prozefskosten[5], Sicherheitsleistung[6] und Armenrecht[7].

d) Die Vorschriften über die mündliche Verhandlung, insbesondere die der §§ 136 bis 144, 156 bis 165 C.Pr.O., finden in dem Prozesse vor dem Konkursgericht entsprechende Anwendung. Mit Ausnahme der Verhandlungen im Prüfungstermine und bei der Gläubigerversammlung ist die mündliche Verhandlung fakultativ (§ 73 Abs. 1) und hat daher nur informatorische, durch die schriftlichen Erklärungen zu ergänzende Bedeutung. Mündliche Verhandlungen im Sinne des § 128 C.Pr.O. sind auch die Verhandlungen im Prüfungstermin und in der Gläubigerversammlung nicht, weil das Konkursgericht kein „erkennendes" Gericht ist. Sie stehen aber mit der mündlichen Verhandlung des § 128 darin gleich, dafs die in diesen Terminen vorzunehmenden Prozefshandlungen nicht durch schriftliche, aufserhalb des Termins bei dem Gericht eingereichte Erklärungen erfolgen können.

e) Die Vorschriften über die Zustellungen gelten mit den sich aus den §§ 73 Abs. 2, 76, 77 ergebenden Modifikationen. Ebenso

---

beschadet der Befugnis, solche Handlungen vorbehaltlich der Beseitigung des Mangels zuzulassen, wenn Gefahr im Verzuge ist.

[3] Die Vorschriften über Streitgenossenschaft kommen insofern zur Anwendung, als mehreren beim Konkursverfahren Beteiligten unter den Voraussetzungen der §§ 59, 60 C.Pr.O. die gemeinsame Vornahme von Prozefshandlungen im Konkursprozesse gestattet ist.

[4] Aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Prozefsbevollmächtigten folgt, dafs im Konkursverfahren kein Anwaltszwang besteht, dafs sich aber ein Beteiligter durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann; ferner, dafs das Gericht den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen hat (arg. § 88 Abs. 2 C.Pr.O.), jedoch Geschäftsführer ohne Auftrag und Bevollmächtigte ohne Vollmachtsnachweis vorbehaltlich der Genehmigung oder des Vollmachtsnachweises zur Vornahme von Prozefshandlungen einstweilen zulassen kann (arg. § 89 C.Pr.O.).

[5] Für die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Prozefskosten ist nur insoweit Raum, als über einzelne Prozefshandlungen, durch welche ausscheidbare Kosten entstehen, von dem Konkursgericht entschieden wird. Insoweit gilt aber der Satz, dafs der Unterliegende die Kosten zu tragen und, wenn ein Gegner vorhanden ist, diesem die notwendigen Prozefskosten zu erstatten hat. Insbesondere ist § 97 Abs. 1 C.Pr.O. anwendbar. Auch der Anwendung des § 102 C.Pr.O. steht nichts im Wege.

[6] Sicherheitsleistungen, für die die §§ 108, 109 C.Pr.O. gelten, kommen vor in den §§ 78 Abs. 2, 191 Abs. 1, 2 K.O. Die Sicherheitsleistung, von der in den §§ 54, 168 Nr. 4, 171 K.O. die Rede ist, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen.

[7] Das Armenrecht kann jedem Beteiligten bewilligt werden. Nicht der Gläubigerschaft. Dem Gemeinschuldner nur für eine einzelne Prozefshandlung.

die Vorschriften über Ladungen, Termine und Fristen, über die Folgen der Versäumung und über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[8]. Die Vorschriften über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens sind unanwendbar. Der Tod des Gemeinschuldners unterbricht das zu seinen Lebzeiten eröffnete Konkursverfahren nicht.

f) Von den Vorschriften über das Verfahren bis zum Urteil, über das Urteil und das Versäumnisurteil eignen sich, da es im Verfahren vor dem Konkursgerichte keine Klage und kein Urteil giebt, nur wenige zur entsprechenden Anwendung. Es sind dies die folgenden:

Der dem § 263 Abs. 2 Nr. 1. C.Pr.O. zu Grunde liegende Rechtssatz, dafs über dieselbe Sache, welche bereits rechtshängig ist, kein zweiter Prozefs anhängig gemacht werden soll, gilt auch im Konkursverfahren und führt dazu, dafs vor Beendigung eines anhängigen Konkursverfahrens kein zweiter Konkurs über dasselbe Vermögen eröffnet werden soll. Eine Einrede der Rechtshängigkeit hat das Konkursgericht nicht abzuwarten, sondern es hat die Anhängigkeit des Konkursverfahrens von Amtswegen zu berücksichtigen[9].

Nach Analogie des § 263 Abs. 2 Nr. 2 C.Pr.O. berührt eine Veränderung der die Zuständigkeit begründenden Umstände die Zuständigkeit des Konkursgerichts nicht, wenn diese Veränderung nach der Eröffnung des Verfahrens vor sich geht.

Die Vorschriften des § 294 C.Pr.O. über die Glaubhaftmachung finden Anwendung.

Auf die Konkursprozefsakten sind die Vorschriften des § 299 C.Pr.O. entsprechend anzuwenden; die Beteiligten sind wie die Parteien zu behandeln.

Auf die Beschlüsse des Konkursgerichts, die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen, finden die §§ 309, 310, 329 C.Pr.O. entsprechende Anwendung.

Nach Analogie des § 319 C.Pr.O. können Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die in Beschlüssen des Konkursgerichts vorkommen, von dem Gerichte von Amtswegen und auf Antrag einer Partei berichtigt werden.

---

[8] Nämlich in Bezug auf die einzige im Konkursprozesse vorkommende Notfrist, d. i. die Beschwerdefrist, und im Falle des § 165, hier mit der sich aus § 165 Satz 3 ergebenden Modification.

[9] Vgl. hierzu Oetker, Grundbegr. I S. 65 ff., der die Unzulässigkeit einer zweiten Konkurseröffnung aber nicht aus der Analogie der Rechtshängigkeit, sondern aus anderen Erwägungen erleitet.

g) Die allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufnahme und die Vorschriften über den Beweis durch Augenschein, den Zeugenbeweis, den Beweis durch Sachverständige, und den Beweis durch Urkunden finden entsprechende Anwendung.

Im Verfahren vor dem Konkursgerichte kommt weder eine Eideszuschiebung noch ein richterlicher Eid vor.

Für die Abnahme eines Zeugeneides, eines Sachverständigeneides und eines Offenbarungseides gelten die Vorschriften der §§ 478 bis 484 C.Pr.O.

Versicherung an Eidesstatt als Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 294 C.Pr.O.) kann auch im Konkursprozesse vorkommen. Auf die Abnahme einer solchen Versicherung finden die Vorschriften der §§ 478 bis 480, 481 bis 484 C.Pr.O. entsprechende Anwendung. Hat derjenige, welcher vom Konkursgerichte zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen ist, die Versicherung abgegeben, so hat das Gericht nach Analogie von § 463 Abs. 1 C.Pr.O. anzunehmen, dafs die betreffende Thatsache glaubhaft ist. Die Zulassung zur Versicherung an Eidesstatt steht im richterlichen Ermessen, aber nicht die nachträgliche Würdigung ihres Beweiswerts.

h) Von den Vorschriften über das amtsgerichtliche Verfahren kommen die §§ 496, 501, 502 insofern in Betracht, als sich daraus ergiebt, dafs alle Anträge und Erklärungen im Verfahren vor dem Konkursgerichte zu Protokoll des Gerichtschreibers angebracht werden können.

i) Von den Rechtsmitteln der C.Pr.O. kommt im Verfahren vor dem Konkursgerichte nur die sofortige Beschwerde vor. Soweit die Vorschriften der §§ 567 bis 577 C.Pr.O. für die sofortige Beschwerde gelten, sind sie mit der sich aus § 74 K.O. ergebenden Modifikation auf die Beschwerde im Konkursprozesse direkt anzuwenden. Insofern in § 577 Abs. 2 Satz 3 C.Pr.O. auf die Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens verwiesen ist, kommen diese Bestimmungen auch für die Beschwerde des Konkursprozesses in Betracht.

k) Von den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung sind nur wenige zur Anwendung geeignet, da die Zwangsvollstreckung im Konkurs in den meisten Punkten anders geregelt ist.

Als entsprechend anwendbar kommen folgende Vorschriften in Betracht:

Nach § 705 C.Pr.O. bemifst sich die formelle Rechtskraft einer Entscheidung des Konkursgerichts.

Entsprechend der Vorschrift des § 766 C.Pr.O. hat das Konkursgericht als Vollstreckungsgericht zu entscheiden, wenn von dem Gemeinschuldner oder einem Dritten Anträge, Einwendungen und Erinnerungen erhoben werden, welche die Art und Weise der von dem Konkursverwalter oder in seinem Auftrage vom Gerichtsvollzieher bethätigten Zwangsvollstreckung betreffen; desgleichen, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag des Konkursverwalters zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäfs auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher angesetzten Vollstreckungskosten von dem Verwalter Erinnerungen erhoben werden.

Die Vorschriften der §§ 789 bis 791 C.Pr.O. finden auf die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung; die des § 791 natürlich nur, wenn die ausländischen Behörden dem inländischen Gerichte Rechtshülfe zum Zwecke der Durchführung des inländischen Konkurses gewähren.

Die Vorschriften der §§ 807, 899 bis 913 C.Pr.O. über Offenbarungseid und Haft finden entsprechende Anwendung auf den Offenbarungseid (125 Abs. 2 K.O.) und auf die Haft des Gemeinschuldners (§§ 101 Abs. 2, 106 K.O.).

Aus der entsprechenden Anwendung des § 809 C.Pr.O. folgt, dafs der Konkursverwalter zur Konkursmasse gehörige Sachen, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, nur dann in Besitz nehmen darf, wenn dieser zur Herausgabe bereit ist.

Die Vorschriften der §§ 811, 812, 850 bis 852, 857, 859 bis 863 C.Pr.O. kommen bei der Begrenzung der Konkursmasse in Betracht.

Die Vorschriften der §§ 813 bis 825, 835 bis 844, 847, 848, 857, 858 C.Pr.O. finden Anwendung, wenn der Verwalter die Verwertung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes betreibt, an dem ein Gläubiger durch ein Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht (§ 127 Abs. 1 K.O.).

Auf die Besitzergreifung an den zur Konkursmasse gehörigen Sachen durch den Konkursverwalter finden die Vorschriften der §§ 883, 885 C.Pr.O. entsprechende Anwendung.

Die verbreitete Ansicht, dafs auf die im § 106 Abs. 1 Satz 2, 3 K.O. zugelassenen Anordnungen des Konkursgerichts die Vorschriften der C.Pr.O. über Arrest und einstweilige Verfügung entsprechende

Anwendung finden[10], ist nicht richtig. Zwar kann durch jene Anordnungen dasselbe verfügt werden, wie durch Arrest oder einstweilige Verfügung; aber das in den §§ 916 ff. C.Pr.O. angeordnete Verfahren paſst nicht für den Konkursprozeſs.

2. In allen Fällen, in denen die K.O. für ein aus dem Konkursverfahren erwachsendes, nach den Regeln des ordentlichen Prozesses zu behandelndes Verfahren Raum läſst (Aussonderungsprozesse, Absonderungsprozesse, Prozesse über Masseansprüche, Feststellungsprozesse) kommen ohnehin die Vorschriften der C.Pr.O. zur Anwendung, soweit nicht auch für diese Prozesse besonderes in der K.O. bestimmt ist. Dies ist nur der Fall in Ansehung des Gerichtsstandes für die Feststellungsklage (§ 146 Abs. 2).

3. Von den Vorschriften der C.Pr.O. abweichende, speciell für das Konkursverfahren geltende Vorschriften enthalten alle Bestimmungen der K.O. Unter diesen sind aber einige, die im Verhältnis zu anderen noch specielleren als allgemeine Vorschriften über das Konkursverfahren bezeichnet werden können. Das sind folgende:

a) Während im ordentlichen Civilprozesse die Verhandlungsmaxime gilt, wird der Konkursprozeſs von der Offizialmaxime beherrscht. Wo nicht im Gesetze speciell ein Antrag gefordert wird[11], hat das Gericht das Verfahren von Amtswegen durchzuführen und die nötigen Handlungen von Amtswegen vorzunehmen. Insbesondere hat das Gericht von Amtswegen alle Arten von Ermittelungen, auch die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, anzuordnen, soweit dies zur Aufklärung irgend eines das Verfahren betreffenden Verhältnisses erforderlich ist (§ 75). Die Aufnahme des Beweises erfolgt nach den Vorschriften der C.Pr.O. mit den sich aus der Offizialthätigkeit des Gerichts ergebenden Modifikationen[12].

b) Für alle gerichtlichen Beschlüsse und Verfügungen (einschlieſslich derjenigen, welche keinen Streitpunkt unter den Beteiligten betreffen) gilt einerseits die negative Regel, daſs eine mündliche Verhandlung als Grundlage der Entscheidung nicht

---

[10] Vgl. z. B. v. Wilmowski § 98 N. 1, Petersen u. Kleinfeller (3) S. 369. Die Ansicht ist auf eine miſsverständliche Stelle der Mot. S. 331 zurückzuführen.

[11] §§ 84, 99, 103, 121 Abs. 2, 123 Abs. 2, 127 Abs. 2, 135 Abs. 2, 160, 180, 188, 198, 202, 217 Abs. 2.

[12] Z. B. die Zwangshaft gegen einen Zeugen (C.Pr.O. § 390 Abs. 2) kann von Amtswegen verhängt werden; auf die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen kann nicht verzichtet werden etc.

erforderlich ist, andererseits die positive Bestimmung, dafs das Gericht eine mündliche Verhandlung anordnen kann, bevor es die Entscheidung erläfst (§ 73 Abs. 1)[13].

Wo das Gericht mündliche Verhandlung anordnet, ist diese doch nicht die allein relevante Erscheinungsform für das Vorbringen der Beteiligten und folglich das hier Vorgebrachte nicht die ausschliefsliche Grundlage der Entscheidung, vielmehr hat das Gericht auch das in den Akten enthaltene sonstige Material zu berücksichtigen[14].

Schreibt die K.O. vor, dafs Beteiligte vor der Entscheidung zu hören sind (§§ 84 Abs. 2, 105 Abs. 2, 203 Abs. 2, 210 Abs. 2 Satz 2, 217 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3, 218 Abs. 2 Satz 2, 230 Abs. 2 Satz 1, 236 Satz 4), so genügt es, wenn Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Äufserung geboten ist.

Mündlich müssen nur diejenigen Erklärungen abgegeben werden, für welche das Gesetz vorschreibt, dafs sie in der Gläubigerversammlung oder in einem Termine zu erfolgen haben (vgl. §§ 97, 132, 141, 142, 162, 179, 182).

Daraus, dafs die Entscheidungen im Konkursverfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung erlassen werden, folgt, dafs sie nicht Urteile im Sinne der C.Pr.O., sondern Beschlüsse oder Verfügungen sind und dafs daher diejenigen Bestimmungen der C.Pr.O., welche speciell für Urteile gelten, keine Anwendung finden.

c) Nach dem Rechtsmittelsysteme der C.Pr.O. findet Einspruch, Berufung, Revision, Wiederaufnahmeklage nur gegen ein Urteil

---

[13] Entscheidung (decretum) bezeichnet in § 73 K.O. wie in § 160 Abs. 2 Nr. 5 C.Pr.O. alle Arten von Willensäufserungen des Gerichts. Die von Oetker, Grundbegr. I S. 97 ff. versuchte Scheidung zwischen reinen Administrativ-, reinen Dezisiv- und gemischten Dekreten ist theoretisch nicht uninteressant, aber, wie schon die Annahme der gemischten Dekrete sehen läfst, schwer durchführbar und ohne jede praktische Bedeutung. Oetker verwertet sie (S. 103), indem er für reine Administrativdekrete (z. B. Ernennung des Verwalters, Anberaumung der ersten Gläubigerversammlung, Bestimmung der Anmeldefrist) die Möglichkeit mündlicher Verhandlung bestreitet. Daran ist soviel richtig, dafs ein vernünftiger Richter in solchen Sachen kaum jemals eine mündliche Verhandlung anordnen wird, weil kein Ergebnis zu erwarten ist. Dasselbe gilt aber auch bei manchem der Oetkerschen Dezisivdekrete. Über die weitere Verwertung jener Unterscheidung in Bezug auf die Beschwerde s. u. N. 16.

[14] Über die Bedeutung der fakultativen mündlichen Verhandlung vgl. L. Seuffert, Komm. z. C.Pr.O. 7. Aufl. § 119 Bem. 5.

statt; soweit Beschlüsse und Verfügungen überhaupt anfechtbar sind, ist die Beschwerde das zulässige Rechtsmittel.

Diesem Systeme entsprechend kommt im Konkursverfahren, wo es blofs Beschlüsse und Verfügungen giebt, nur die Beschwerde als Rechtsmittel vor. Und zwar hat die K.O. allgemein nur die sofortige, d. i. die befristete Beschwerde zugelassen (§ 73 Abs. 3 K.O. verb. m. § 577 C.Pr.O.). Eine unbefristete Beschwerde kann jedoch bei Entscheidungen, die im Konkursprozefs, aber nicht auf Grund der K.O., ergehen, in Frage kommen[15].

Von den Entscheidungen im Konkursprozesse sind einige für unanfechtbar erklärt (§§ 95, 96, 163 Abs. 1, 189 Abs. 3, 190 Abs. 1 K.O. § 105 Gen.Ges.); hier entfällt die Beschwerde. Andere Beschränkungen erleidet die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht[16].

Das Rechtsmittel steht jedem Beteiligten zu, d. i. jedem, dessen Interesse durch die Entscheidung berührt wird. Der Verwalter kommt als Organ der Gläubigerschaft in Betracht. Soweit ein einzelner Gläubiger sein Einzelinteresse neben der Gläubigerschaft besonders geltend machen kann, ist er auch zur Beschwerde befugt[17]. Auch der Gemeinschuldner kann beteiligt und daher beschwerdeberechtigt sein. Bei Abweisung eines Antrags ist immer nur der Antragsteller beteiligt.

---

[15] Z. B. auf Grund der C.Pr.O. §§ 380, 390, 409 oder auf Grund des G.V.G. §§ 159, 160.

[16] Abw. Fitting § 26 N. 16, der keine Beschwerde gegen die einen Antrag ablehnende Entscheidung zuläfst, wenn das Gericht eine Entscheidung über einen Antrag nicht geben mufste (?); Oetker, Grundbegr. I S. 102, der die Beschwerde bei „reinen Administrativdekreten" ausschliefst, und Kohler, Lehrb. S. 523, Leitf. S. 197 ff., der die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Dekrete verneint, bei denen es sich um eine dem Richter überlassene Zweckmäfsigkeitserwägung handelt. Keine dieser Distinktionen hat im Gesetze Boden. Sie können de lege lata nicht damit gerechtfertigt werden, dafs die Beschwerde in solchen Fällen unzweckmäfsig ist. Wie das Gesetz in Zulassung der Beschwerde zu weit ging, so kann man eine Änderung des Gesetzes verlangen, aber nicht das Gesetz vergewaltigen. Übrigens ergeben sich in der Praxis keine Übelstände. Wie der Text die Kommentare, ferner Eccius, Beitr. z. E. d. d. R. XXXVIII S. 208 ff.; vgl. a. Kleinfeller, Bl. f. R.A. LVIII S. 337 ff. — Gegen Unthätigkeit des Konkursgerichts, speciell gegen passives Verhalten einem Antrage gegenüber, ist nicht die Beschwerde der C.Pr.O., sondern die landesgesetzlich geregelte Beschwerde wegen Justizverweigerung (querela de protr. vel deneg. iust.) zulässig. Vgl. preufs. A.G. z. G.V.G. § 85, bayer. A.G. z. G.V.G. Art. 73, 74, württ. A.G. z. G.V.G. Art. 23, bad. E.G. z. G.V.G. §§ 17, 18.

[17] Näher läfst sich dies nicht bestimmen. Bei den einzelnen Entscheidungen wird darauf zurückzukommen sein. — Eine Übersicht s. Kohler, Leitf. S. 209. Diese Übersicht ist nicht einwandfrei.

Aus § 577 Abs. 3 C.Pr.O. ergiebt sich, dafs eine Entscheidung, die bereits durch Beschwerde angefochten ist, von dem Untergerichte nicht mehr geändert werden darf. Dafs Entscheidungen, die noch nicht angefochten sind, vom Gerichte geändert werden können, ist damit allerdings noch nicht ausgesprochen. Aber auch die Gebundenheit des Gerichts an seine Beschlüsse ist im Gesetze nirgends zum Ausdrucke gelangt, während die Bindung an Urteile in § 318 C.Pr.O. verfügt ist. Man wird bei dieser Gesetzeslage nicht umhin können, die Möglichkeit einer Änderung der unangefochtenen Entscheidungen bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft anzuerkennen, soweit die Änderung innerhalb des Konkursverfahrens thatsächlich ausführbar ist[18].

Die formelle Rechtskraft einer Entscheidung des Konkursgerichts tritt nach Analogie des § 705 Satz 1 C.Pr.O. mit Ablauf der für die Einlegung der sofortigen Beschwerde bestimmten zweiwöchigen Notfrist ein. Die Frist mufs gegenüber allen Beschwerdeberechtigten abgelaufen sein. Die für den Fall des Vorliegens eines Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes vorgesehene Erweiterung der Beschwerdefrist (§ 577 Abs. 2 Satz 3 C.Pr.O.) kommt für den Eintritt der Rechtskraft ebensowenig in Betracht, als die Möglichkeit einer Wiederaufnahmeklage für die Rechtskraft eines Urteils. Der Eintritt der formellen Rechtskraft wird durch die rechtzeitige Einlegung der Beschwerde gehemmt (arg. § 705 Satz 2 C.Pr.O.)[19]. Die Vollziehung ist nicht von dem Eintritte der Rechtskraft abhängig (§ 572 C.Pr.O.).

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird erst mit der Rechtskraft wirksam. Das Beschwerdegericht kann jedoch die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnen (§ 74). Dadurch wird verhütet, dafs so tief einschneidende Beschlüsse, wie z. B. die Konkurseröffnung oder die Ablehnung einer solchen, mit einem

---

[18] Verschiedene Schriftsteller, wie z. B. v. Wilmowski u. Levy C.Pr.O. § 540 N. 6, nehmen an, dafs sich aus § 577 Abs. 3 C.Pr.O. die Unabänderlichkeit aller mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen ergebe. Der Wortlaut ist damit nicht wohl vereinbar. Oetker, Grundbegr. I S. 101 ff. hält nur die reinen „Administrativdekrete" für abänderlich, die „Dezisivdekrete" dagegen und einen Teil der gemischten Dekrete für unabänderlich. — Über die formelle Rechtskraft hinaus kann dem Gericht die Änderung nicht zustehen, weil von diesem Zeitpunkt ab auch das Obergericht nicht mehr ändern kann.

[19] Die formelle Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses ist nach §§ 1419, 1543 (1549), 1647 B.G.B. von Bedeutung.

Die konkursrechtlichen Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses sind nicht bis zum Eintritte der Rechtskraft suspendiert.

abändernden Beschlusse des Beschwerdegerichts aufser Wirksamkeit treten, solange noch die Möglichkeit besteht, dafs eine höhere Instanz den Beschlufs des Beschwerdegerichts aufhebt[20].

d) Besonderheiten gelten in Bezug auf die Zustellungen und die sie ersetzenden öffentlichen Bekanntmachungen. Jede Entscheidung, auch die verkündete[21], ist den Beteiligten von Amtswegen zuzustellen (§ 73 Abs. 2). Die Zustellungen erfolgen nach Mafsgabe der §§ 208 bis 213 C.Pr.O.; jedoch kann das Gericht anstatt der Zustellung an die einzelnen Beteiligten die öffentliche Bekanntmachung wählen.

Öffentliche Bekanntmachung ist vorgeschrieben in den §§ 81, 93, 98, 111, 116, 139, 151, 163, 179, 190, 198, 203, 205; als zulässig erwähnt in § 106 Abs. 1 Satz 3. Diese und andere öffentliche Bekanntmachungen erfolgen durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; es genügt die Einrückung eines Auszugs (§ 76 Abs. 1 Satz 1). Das Gericht kann weitere Bekanntmachung in anderen Blättern anordnen (§ 76 Abs. 2). Anheftung an die Gerichtstafel genügt nicht, ist aber auch nicht neben der Einrückung erforderlich. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes (§ 76 Abs. 1 Satz 2). Die öffentliche Bekanntmachung wirkt wie Zustellung an alle Beteiligte, auch wenn neben ihr eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist (§ 76 Abs. 3). Die neben der öffentlichen Bekanntmachung (instruktionell) vorgeschriebene besondere Zustellung (§§ 111 Abs. 3, 179 Abs. 1) kann durch Aufgabe zur Post (vgl. §§ 175, 213 C.Pr.O.) bewirkt werden (§ 77 Abs. 1 Satz 1). Die sonst vorgeschriebene Beglaubigung der Abschrift ist in diesem Fall entbehrlich (§ 77 Abs. 1 Satz 2), weil die Zahl der Abschriften unter Umständen zu grofs ist.

Mitteilungen des Verwalters (insbesondere: §§ 135, 159 Abs. 2) können mündlich und schriftlich in beliebiger Form geschehen (§ 77 Abs. 2); sie bedürfen keiner Beurkundung.

---

[20] Vgl. Komm.Ber. v. 1898 S. 18.

[21] Vgl. K.Pr. 59 f. — Oetker, Grundbegr. I S. 106, 502 erklärt die Zustellung von verkündeten unanfechtbaren Entscheidungen für entbehrlich, indem er unterstellt, dafs die Zustellung blofs wegen der Beschwerdefrist geboten sei. Diese Unterstellung ist willkürlich.

Viertes Hauptstück.

Das Eröffnungsverfahren.

I. Die Voraussetzungen der Konkurseröffnung.

§ 20.

1. Ein Antrag eines Antragsberechtigten.

Nach dem modernen Recht wird das Konkursverfahren nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag eröffnet (§ 103 Abs. 1)[1].

1. Zu dem Antrage der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer physischen Person ist der (künftige) Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger berechtigt (§ 103 Abs. 2).

Unter Konkursgläubiger ist hier zu verstehen, wer in dem zu eröffnenden Verfahren die Eigenschaft eines Konkursgläubigers haben wird.

---

[1] Nach dem früheren gem. Recht war dies streitig. Einen Antrag verlangen z. B. Schweppe § 107 (jedoch mit Ausnahme der Fälle, dafs der Gemeinschuldner verstorben oder flüchtig ist), Puchta §§ 119 bis 123, Linde, Lehrb. § 431, Schmid, Handb. III § 216, Fuchs, Concursverf. S. 100, Bayer § 45, Lotz, Arch. f. d. civ. Pr. III S. 77. Konkurseröffnung lassen auch von Amtswegen zu z. B. Claproth, Summ. Pr. § 295, Danz, Summ. Pr. § 125, Süptitz, Summ. Pr. § 63, Martin, Lehrb. § 312, Gönner, Handb. IV § 512 ff. — Auch die Gesetzgebung schwankte. Einen Antrag verlangen z. B. hann. Pr.O. § 607, Hamb. Fall.Ordn. Art. 2, Lüb. K.O. § 6. Allgemein oder doch nach dem Vorbild des Code de comm. Art. 449 bei kaufmännischen Konkursen liefsen die Eröffnung auch von Amtswegen zu: preufs. K.O. §§ 281, 287, 321, bayr. Pr.O. Art. 1175, bad. Pr.O. Art. 706, nass. K.Pr. § 52, braunschw. Pr.O. § 307, Brem. V.O. v. 1843 § 10.

Ein Mindestbetrag der Forderung ist nicht vorgeschrieben[2].

Daſs die Forderung betagt oder bedingt ist, schlieſst die Antragsberechtigung nicht aus. Ein Absonderungsberechtigter, der zugleich persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners ist, ist antragsberechtigt, auch wenn er aus dem abzusondernden Gegenstande vollständig befriedigt werden kann[3]; denn die Reduktion seiner persönlichen Forderung auf den Ausfall, den er bei der abgesonderten Befriedigung erleidet, tritt erst durch die Konkurseröffnung ein.

Von mehreren Gesamtgläubigern ist jeder antragsberechtigt, weil jeder die ganze Leistung fordern kann. Ebenso jeder Gläubiger einer Schuld mit unteilbarer Leistung. Besteht ein Pfandrecht an einer Konkursforderung, so ist zum Antrag auf Konkurseröffnung legitimiert, wer berechtigt ist, die Forderung gerichtlich zu verfolgen[4]. Wenn der Pfandgläubiger nicht zur Einziehung der Forderung berechtigt ist, so kann sowohl der Pfandgläubiger als der Gläubiger den Antrag stellen; denn jeder von beiden kann darauf klagen, daſs an sie gemeinschaftlich geleistet wird (arg. § 1281 Satz 2 B.G.B.). Ist der Pfandgläubiger zur Einziehung berechtigt (vgl. §§ 1282, 1294 B.G.B., § 835 C.Pr.O.), so ist der Gläubiger nicht mehr zur Klage und folglich nicht mehr zum Konkursantrage legitimiert.

2. Zu dem Antrage auf Eröffnung des Nachlaſskonkurses berechtigt ist jeder Erbe, der Nachlaſsverwalter (§§ 1981 ff. B.G.B.), sowie ein anderer Nachlaſspfleger (§§ 1960, 1961 B.G.B.), ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht (vgl. §§ 2197 ff., 2205 bis 2213 B.G.B.) und jeder Nachlaſsgläubiger (§ 217 Abs. 1). Ein Testamentsvollstrecker, der nur einzelne Nachlaſsgegenstände zu verwalten hat, ist nicht zum Antrage berechtigt.

Der Erbe ist der Gemeinschuldner des Nachlaſskonkurses. Ob der Nachlaſsverwalter, der Nachlaſspfleger, der Testamentsvollstrecker den Erben oder wen sonst vertritt, kann hier dahin gestellt bleiben; jedenfalls entspricht die Antragsberechtigung dieser Personen der des Gemeinschuldners.

Der Erbe und die bezeichneten Personen können den Konkurs

---

[2] Die Bankruptcy-Act. s. 80 verlangt 50 £. Andere Gesetze verlangen einen Vollstreckungstitel. Vgl. Mot. S. 326.

[3] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 174 f. A.M. Hagens K.Pr. S. 73 f.

[4] Vgl. Oetker, Die Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse des Drittschuldners, in Festg. d. Rostocker Jur. Fak. z. Buchkas Dokt. Jub. 1891.

beantragen, auch wenn der Erbe allen Nachlafsgläubigern unbeschränkt haftet[5].

Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlafs zum eingebrachten Gute (§§ 1363, 1369, 1521, 1550 bis 1554 B.G.B.) oder zum Gesamtgute (§§ 1438, 1440, 1549 B.G.B.), so kann sowohl die Ehefrau als der Ehemann die Eröffnung des Nachlafskonkurses beantragen (§ 218 Abs. 1 Satz 1 K.O., vgl. § 999 C.Pr.O.). Die selbständige Antragsberechtigung der Frau folgt daraus, dafs sie die Erbschaft ohne Zustimmung des Mannes annehmen oder ausschlagen kann (§§ 1406 Nr. 1, 1453 B.G.B.). Die Antragsberechtigung des Mannes daraus, dafs die die Frau treffenden Nachlafsverbindlichkeiten auch den Mann berühren; denn bei dem gesetzlichen Güterstande können die Nachlafsgläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznieſsung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute suchen (§ 1411 Abs. 1 B.G.B.) und bei Gütergemeinschaft sind jene Verbindlichkeiten Gesamtgutsverbindlichkeiten, für die der Mann nicht bloſs mit dem Gesamtgut, sondern auch persönlich als Gesamtschuldner haftet (arg. § 1459 Abs. 2 Satz 1).

Das Gleiche gilt, wenn der Nachlafs zum Gesamtgute gehört, auch nach Beendigung der Gemeinschaft (§ 218 Abs. 1 Satz 2), weil in diesem Falle die Haftung des Mannes für die Verbindlichkeiten seiner Frau fortdauert (§§ 1459, 1530, 1549 Abs. 2 B.G.B.).

Über die Gläubiger des Nachlafskonkurses ist S. 40 ff. zu vergleichen.

Die Berechtigung der Nachlafsgläubiger, den Nachlafskonkurs zu beantragen, ist in verschiedenen Beziehungen beschränkt.

Ein Nachlafsgläubiger, der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist oder nach § 1974 B.G.B. einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht, kann die Eröffnung des Nachlafskonkurses nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erben Konkurs eröffnet ist (§ 219 Abs. 1 Satz 1). Das hängt damit zusammen, dafs der Erbe einem solchen Nachlafsgläubiger nur insoweit haftet, als der Nachlafs nicht durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird (§ 1973 Abs. 1). Einen hiernach verbleibenden Überschufs hat der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 bis 822 B.G.B.) herauszugeben; die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlafsgegenstände kann er durch Zahlung des Wertes abwenden (§ 1973 Abs. 2 B.G.B.). Bei dieser Beschränkung

[5] Anders § 2109 Entw. I e. B.G.B.

des Anspruchs des ausgeschlossenen Gläubigers besteht kein praktisches Bedürfnis, ihm die Berechtigung zum Konkursantrag zu belassen, solange nicht die Befriedigung seiner Ansprüche durch Konkurs über das Vermögen des Erben gefährdet ist. Ist dies der Fall, dann mufs ihm die Berechtigung verbleiben, sich durch den Nachlafskonkurs die Befriedigung aus dem Nachlasse vor den persönlichen Gläubigern des Erben zu verschaffen[6].

In derselben Weise beschränkt ist die Antragsberechtigung der Vermächtnisnehmer, sowie derjenigen, welche die Vollziehung einer Auflage fordern können (§ 219 Abs. 1 Satz 2). Sie gehören zwar zu den Nachlafsgläubigern (§ 1967 Abs. 2 B.G.B), aber sie stehen allen anderen Nachlafsgläubigern im Range nach (§ 226 Abs. 1, 2). Ist der Nachlafs schon ohne Einrechnung der Vermächtnisse und Auflagen überschuldet, so haben sie kein Interesse an dem Konkurse, da sie doch nichts bekommen. Ergiebt sich dagegen die Überschuldung erst bei Einrechnung der Vermächtnisse und Auflagen, so hat auch ohne Konkurseröffnung der Erbe die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden (§ 1992 mit § 1991 Abs. 4 B.G.B.), d. h. er hat den nach Befriedigung der Masseschulden und der vorangehenden Forderungen übrig bleibenden Rest des Nachlasses auf die Vermächtnisse und Auflagen pro rata zu verteilen. So erhalten die Vermächtnisnehmer etc. ohne Konkurs, was ihnen gebührt und brauchen daher keine Berechtigung zum Konkursantrag. Nur, wenn der Erbe selbst im Konkurse ist, haben die Vermächtnisnehmer etc. ein Interesse an der Eröffnung des Nachlafskonkurses, weil sonst der Nachlafs zur Masse des Erbenkonkurses gehört, aus der die Nachlafsgläubiger und die Erbengläubiger gemeinschaftlich befriedigt werden. Die Konkurrenz der Erbengläubiger kann bewirken, dafs sich die Vermächtnisnehmer etc. schlechter stehen, als wenn sie gesondert aus dem Nachlasse befriedigt werden. Daher sind sie in diesem Falle antragsberechtigt[7]. Diese Berechtigung besteht auch, wenn die Erbschaft noch ausgeschlagen werden kann, weil die angefallene Erbschaft zur Masse des Erbenkonkurses gehört, solange sie nicht ausgeschlagen ist. Dagegen kann ein Vermächtnisnehmer etc. den Nachlafskonkurs nicht mehr beantragen, wenn der im Konkurs befindliche Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat; denn wer die

[6] Vgl. Begründ. d. Nov. S. 48.

[7] Die Antragsberechtigung ersetzt das Recht auf separatio bonorum.

Erbschaft ausgeschlagen hat, ist nicht mehr Erbe (§ 1953 Abs. 1 B.G.B.); es trifft also die Voraussetzung des Antragsrechts, dafs der Erbe in Konkurs sein mufs, nicht mehr zu.

Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlafs zum Gesamtgute, so hängt das Antragsrecht der ausgeschlossenen Gläubiger und der Vermächtnisnehmer etc. davon ab, dafs der Konkurs über das Vermögen des Mannes (nicht der Frau) eröffnet ist (§ 219 Abs. 2); denn in diesem Falle gehört der Nachlafs zur Masse des Konkurses über das Vermögen des Ehemannes (§ 2).

Aus Zweckmäfsigkeitsgründen ist die Berechtigung der Nachlafsgläubiger (nicht die des Erben), die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, beschränkt auf eine Frist von zwei Jahren, die mit Annahme der Erbschaft beginnt (§ 220). Dieselbe Beschränkung besteht für die Berechtigung, die Nachlafsverwaltung zu beantragen (§ 1981 Abs. 2 B.G.B.).

Die Antragsberechtigung des Pflichtteilsberechtigten unterliegt keiner besonderen Beschränkung. Da sich aus dem abstrakten Pflichtteilsrecht keine Konkursforderung ergiebt, wenn der Nachlafs schon durch die dem Pflichtteile vorgehenden Schulden erschöpft wird, so kann ein Pflichtteilsberechtigter Konkurs nur beantragen, wenn der Nachlafs noch nicht durch diese Schulden erschöpft ist.

Ist die Erbschaft verkauft worden, so ist der Käufer berechtigt, den Nachlafskonkurs zu beantragen (arg. 232 Abs. 1).

Zu diesem Antrage bleibt aber auch der Erbe berechtigt, und zwar nicht blofs, wenn ihm selbst ein Anspruch gegen den Erblasser (§ 225 Abs. 1) oder Ersatzanspruch gegen den Nachlafs wegen der Beerdigungskosten (§ 1968 B.G.B.) oder wegen Verwendungen (§§ 1978, 1979 B.G.B.) oder die Befugnis zusteht, eine Nachlafsforderung gemäfs § 225 Abs. 2, 3 im Nachlafskonkurse geltend zu machen, sondern auch, wenn entweder eine Nachlafsverbindlichkeit vorhanden ist, die im Verhältnisse zwischen ihm und dem Käufer diesem zur Last fällt, oder eine andere Nachlafsverbindlichkeit, für die der Erbe nicht unbeschränkt haftet. Im letzten Falle entfällt die Antragsberechtigung, wenn eine Nachlafsverwaltung angeordnet ist (§ 232 Abs. 2).

Nach dem Verkaufe der Erbschaft haftet nämlich der Käufer den Nachlafsgläubigern, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers, in demselben Umfange wie dieser (§§ 2382, 2383 B.G.B.). Die Nachlafsverbindlichkeiten fallen aber im Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Käufer diesem zur Last, soweit nicht der Verkäufer dem Käufer dafür haftet, dafs sie nicht bestehen

(§ 2378 mit § 2376 und § 439 B.G.B.). Weil der Verkäufer von dem Käufer verlangen kann, dafs der Käufer die Nachlafsverbindlichkeiten, die ihm im Verhältnisse zum Verkäufer zur Last fallen, aus dem Nachlasse berichtigt und ihn dadurch von seiner Haftung befreit, nimmt der Verkäufer-Erbe dem Käufer gegenüber die Stellung eines Nachlafsgläubigers ein und hat daher das Recht, Konkurs zu beantragen, ohne Rücksicht darauf, ob er den Nachlafsgläubigern beschränkt oder unbeschränkt haftet. Da das Antragsrecht des Verkäufer-Erben auf seinem eventuellen Regrefsrechte gegen den Erbschaftskäufer beruht, so mufs es wegfallen, wenn das Regrefsrecht durch Vereinbarung ausgeschlossen ist.

Aber auch wegen einer Nachlafsverbindlichkeit, die im Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem Käufer jenem zur Last fällt, also wegen eines Pflichtteilsrechts, eines Vermächtnisses oder einer Auflage (§ 2376 B.G.B.), ist der Verkäufer-Erbe zum Antrag auf Nachlafskonkurs berechtigt, weil ihm die Mittel, die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlafs geltend zu machen, nicht versagt werden dürfen. Da der Verkäufer-Erbe dem Käufer dafür haftet, dafs solche Verbindlichkeiten nicht bestehen, ist der Verkäufer dem Käufer, der neben dem Verkäufer haftbar ist (§ 2382 B.G.B.), regrefspflichtig, wenn der Käufer solche Verbindlichkeiten erfüllt hat. Nun könnte z. B. ein Vermächtnisgläubiger im Konkurs über das Vermögen des Erbschaftskäufers, wo er dieselbe Dividende erhält, wie ein anderer Gläubiger (denn hier tritt er nicht, wie im Nachlafskonkurse, hinter die anderen Gläubiger zurück), mehr bekommen, als er im Nachlafskonkurse bekäme. Der Verkäufer-Erbe aber müfste zur Nachlafskonkursmasse ersetzen, was diese für das Vermächtnis aufwendet. Dadurch kann sich ergeben, dafs der Verkäufer-Erbe für ein Vermächtnis aufkommen mufs, das aus dem Nachlasse nicht oder nicht in dieser Höhe hätte berichtigt werden können. Das wendet der Verkäufer-Erbe ab, indem er den Nachlafskonkurs beantragt. In diesem erhält der Vermächtnisnehmer nur, was nach Befriedigung der vorangehenden Nachlafsgläubiger übrig bleibt; bleibt nichts übrig, so bekommt er nichts. Daran, dafs er nicht mehr erhalte, ist der Verkäufer-Erbe wegen seiner Regrefspflicht interessiert. Dieses Interesse fällt aber weg, wenn der Verkäufer-Erbe dem Vermächtnisnehmer unbeschränkt haftet; denn in diesem Falle kann der Regrefs das Mafs seiner Haftung nicht übersteigen. Folglich fällt sein Recht, den Nachlafskonkurs zu beantragen, weg, wenn die Haftung des Verkäufer-Erben bereits definitiv

eine unbeschränkte geworden ist; denn dann bleibt er auch nach der Eröffnung des Nachlafskonkurses unbeschränkt haftbar (§ 2013 Abs. 1 B.G.B.). Ebensowenig bedarf er der Antragsberechtigung, wenn eine Nachlafsverwaltung angeordnet ist, da sich in diesem Falle die Haftung des Erben ohnehin auf den Nachlafs beschränkt (§ 1975 B.G.B.)[8]. Die Antragsberechtigung mufs aber, da sie auf dem eventuellen Regrefsrechte des Erbschaftskäufers gegen den Verkäufer-Erben beruht, auch dann wegfallen, wenn die Haftung des Verkäufers für das Nichtbestehen von Pflichtteilslasten, Vermächtnissen und Auflagen durch Vertrag beseitigt ist. Der Verkäufer kann also sein Antragsrecht nicht auf das Bestehen einer Vermächtnisverbindlichkeit stützen, wenn der Käufer versprochen hat, das Vermächtnis auf seine Kosten zu berichtigen.

Der Verkäufer-Erbe fungiert bei dem Konkursantrage nicht als Gemeinschuldner, sondern als Nachlafsgläubiger. Auf seinen Antrag sind daher die Bestimmungen anwendbar, die für einen Gläubigerantrag gelten. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen: der Verkäufer-Erbe, der sein Antragsrecht aus § 232 Abs. 2 Satz 1 herleitet, mufs aufser der Überschuldung des Nachlasses auch das Bestehen einer Nachlafsverbindlichkeit glaubhaft machen (§ 105 Abs. 1), die im Verhältnisse zwischen ihm und dem Käufer diesem zur Last fällt. Leitet aber der Verkäufer-Erbe sein Recht, die Eröffnung des Nachlafskonkurses zu beantragen, aus § 232 Abs. 2 Satz 2 ab, so hat er aufser der Überschuldung des Nachlasses das Bestehen einer Nachlafsverbindlichkeit glaubhaft zu machen, wegen deren er dem Erbschaftskäufer regrefspflichtig ist; das Konkursgericht hat dann zu untersuchen, ob nicht bezüglich dieser Nachlafsverbindlichkeit die unbeschränkte Haftung des Verkäufer-Erben bereits eingetreten ist und ob nicht die Nachlafsverwaltung angeordnet ist, da in diesen beiden Fällen die Antragsberechtigung entfällt. Ferner: wegen des Bestehens einer im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen oder nach § 1974 B.G.B. als ausgeschlossen geltenden Nachlafsverbindlichkeit, einer Vermächtnisverbindlichkeit und einer Auflagenverbindlichkeit kann der Verkäufer die Eröffnung des Nachlafskonkurses nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erbschaftskäufers der Konkurs eröffnet ist (arg. § 219)[9]. Endlich: der Verkäufer-Erbe kann den

[8] Vgl. L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. XXII S. 520f.; Begr. d. Nov. S. 55; Jaeger, Erbenhaftung und Nachlafskonkurs S. 109f.

[9] Dieser Punkt ist nicht zweifellos. In dem Komm.Ber. 1898 S. 48 ist die Ansicht vertreten, dafs das Antragsrecht des Erben nicht durch die

Nachlafskonkurs nicht mehr beantragen, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind.

Die Vorschriften des § 232 finden entsprechende Anwendung, wenn jemand eine durch Vertrag erworbene Erbschaft verkauft oder sich zur Veräufserung einer ihm angefallenen oder anderweit erworbenen Erbschaft in sonstiger Weise verpflichtet hat (§ 233). Die Erweiterung entspricht der Vorschrift des § 2385 B.G.B. Da der Erbschaftskäufer, der die Erbschaft weiter veräufsert hat, für die Nachlafsverbindlichkeiten haftbar bleibt, wie der Verkäufer-Erbe, so ist er zum Konkursantrag unter denselben Voraussetzungen legitimiert wie dieser. Das Antragsrecht des Erben bleibt wegen seiner fortdauernden Haftung ebenfalls bestehen.

3. Den Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person kann aufser den Konkursgläubigern die juristische Person selbst durch ihr zur Vertretung vor Gericht berufenes Organ beantragen. Besteht dieses Organ aus mehreren Mitgliedern, die sämtlich zu einer Willenserklärung mitwirken müssen, so ist gleichwohl jedes Mitglied zum Antrage berechtigt.

Hieraus ergiebt sich, dafs jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator einer Aktiengesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft, jeder Geschäftsführer und jeder Liquidator einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Konkurs beantragen kann (§§ 208 Abs. 1, 210 Abs. 1 K.O., §§ 100 Abs. 1, 118 Gen.Ges., § 63 R.G. v. 26. Apr. 1892, betr. d. Ges. m. beschr. Haftung).

Das ist für diese Fälle speciell vorgesehen und dann auf andere juristische Personen ausgedehnt (§ 213).

4. Den Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand kann aufser den Konkursgläubigern die Gemeinschaft selbst durch ihr zur gerichtlichen Vertretung berufenes Organ beantragen. Besteht dieses Organ aus mehreren zu gemeinschaftlichem Handeln berufenen Mitgliedern, so gilt dasselbe, wie bei derartigen Organen juristischer Personen. Ist kein von den Gemeinschaftern verschiedenes Organ der Gemeinschaft vorhanden, so kann jeder Gemeinschafter den Konkurs beantragen.

Hieraus ergiebt sich, dafs jeder persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesell-

---

Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erbschaftskäufers bedingt sei, wenn der Text des Entwurfs unverändert bleibe (was eingetroffen ist). Aber es wäre unlogisch, dem Verkäufer-Erben ein unbedingtes Antragsrecht zu geben wegen einer Nachlafsverbindlichkeit, deren Gläubiger nur ein bedingtes Antragsrecht hat. So auch Jaeger a. a. O. S. 110.

schaft auf Aktien, jeder Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und, wenn sich eine dieser Gesellschaften im Liquidationsstadium befindet, jeder von mehreren Liquidatoren zum Konkursantrage legitimiert ist (§ 210). Ferner: dafs jeder von mehreren Miterben den Nachlafskonkurs beantragen kann (§ 217). Was für diese zwei Gemeinschaften im Gesetz besonders deklariert ist, mufs für alle Gemeinschaften zur Gesamthand gelten.

Besonderes gilt für den Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft. Einen solchen Konkurs kann als Gemeinschuldner der überlebende Ehegatte, nicht auch ein anteilsberechtigter Abkömmling, beantragen (§ 236 Satz 4). Es entspricht dies der Stellung, die die Abkömmlinge nach dem B.G.B. einnehmen, insbesondere dem Ausschlusse jeder persönlichen Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten (vgl. §§ 1487, 1489 B.G.B.). Aufserdem kann dieser Konkurs natürlich von einem Konkursgläubiger beantragt werden.

Wer Konkursgläubiger im Gesamtgutskonkurs ist, ist S. 42 f. erörtert. Unter diesen Konkursgläubigern besteht aber in Ansehung der Antragsberechtigung ein Unterschied. Es giebt Gläubiger, die zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, d. i. bei dem Tode des Ehegatten, zwar Gesamtgutsgläubiger, aber nicht persönliche Gläubiger des überlebenden Ehegatten waren[10]; und es giebt solche Gläubiger, die zur angegebenen Zeit Gesamtgutsgläubiger *und* auch persönliche Gläubiger des überlebenden Ehegatten waren[11].

---

[10] Z. B.: ein Darlehensgläubiger des verstorbenen Mannes konnte schon zu dessen Lebzeiten Befriedigung aus dem Gesamtgute verlangen, war also zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger. Er konnte aber nicht Befriedigung aus dem Vorbehaltsgute der Frau verlangen, war also zur Zeit des Eintritts der fortg. Güterg. nicht persönlicher Gläubiger der Frau, sondern ist dies erst durch den Eintritt der fortg. Güterg. geworden (arg. § 1489 B.G.B.). Oder: ein Deliktsgläubiger der verstorbenen Frau war Gesamtgutsgläubiger (arg. § 1459 Abs. 1 B.G.B.) und folglich auch persönlicher Gläubiger des Mannes (§ 1459 Abs. 2 Satz 1). Mit dem Tode der Frau hört aber die *eheliche* Gütergemeinschaft auf, folglich erlischt auch die persönliche Haftung des Mannes (arg. § 1459 Abs. 2 Satz 2 mit § 1463 Nr. 1 B.G.B.). In dem Momente, wo die *fortgesetzte* Gütergemeinschaft einsetzt, war also der Deliktsgläubiger nicht mehr persönlicher Gläubiger des überlebenden Ehemannes.

[11] Z. B.: ein Darlehensgläubiger des überlebenden Mannes war schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger und persönlicher Gläubiger des Mannes. Oder: ein Gläubiger der über-

Jene sind antragsberechtigt, denn sie können, wenn der überlebende Ehegatte den Konkurs beantragt, nur aus dem Gesamtgute Befriedigung verlangen und haben daher ein Interesse daran, dafs dieser Erfolg nicht erst zu einem Zeitpunkte herbeigeführt werde, in dem die Chancen dieser Befriedigung verringert sind. Anders liegen die Verhältnisse für diejenigen Gesamtgutsgläubiger, welchen der überlebende Ehegatte von vornherein persönlich haftete. Ihre Rechtslage bleibt bei dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft unverändert. Sie sind zwar als persönliche Gläubiger des überlebenden Ehegatten Gesamtguts- und daher Konkursgläubiger, haben aber nicht die Berechtigung, den Gesamtgutskonkurs zu beantragen (§ 236 Satz 3).

5. Auf die Antragsberechtigung kann nicht verzichtet werden. Vom Gemeinschuldner nicht, weil seine Antragsberechtigung nicht blofs in seinem Interesse, sondern auch im Interesse aller seiner Gläubiger besteht. Von einem Konkursgläubiger nicht, weil darin ein Verzicht auf eine einzelne Art von gerichtlicher Verfolgung läge, und zwar auf diejenige Art, welche bei Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung den Interessen aller Gläubiger am besten entspricht. Man kann durch (vertragsmäfsigen) Verzicht auf den Rechtsschutz seine Forderung auf das Niveau einer klaglosen Forderung herabsetzen; dann besteht keine Konkursforderung[12] und folglich auch keine Antragsberechtigung mehr. Aber man kann nicht das Klagerecht behalten und auf die Berechtigung zum Konkursantrage verzichten. Dies gilt auch von dem Verzichte für eine bestimmte Zeit[13].

6. Die Berechtigung zum Konkursantrage mufs zur Zeit des Eröffnungsbeschlusses vorhanden sein. Fällt sie nach der Antragstellung weg, so darf kein Konkurs eröffnet werden.

Der Antrag auf Konkurseröffnung kann bis zur Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses[14] zurückgenommen werden. Das folgt

---

lebenden Frau, dessen Forderung aus einem Rechtsgeschäft entstand, zu dem der Mann seine Zustimmung erteilte, war schon vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger und persönlicher Gläubiger der Frau.

[12] S. o. S. 39.

[13] Über den Verzicht eines Konkursgläubigers auf die Antragsberechtigung s. Ztschr. f. d. C.Pr. X S. 511; Kohler, Beitr. z. Erl. d. D.R. XXXI S. 319, Ztschr. f. d. C.Pr. XI S. 309 ff., Lehrb. S. 88 ff.; Oetker, Grundbegr. I S. 175; Petersen u. Kleinfeller §§ 95 bis 97 N. III 4; v. Wilmowski § 97 N. 3.

[14] Also auch noch im Beschwerdeverfahren; vgl. Hagens, K.Pr. S. 162. Anders die herrschende Ansicht aus dem unstichhaltigen Grunde, dafs die K.E. den Gläubigern Rechte verschafft habe. Aber doch nur resolutiv bedingte!

aus der Zurücknehmbarkeit civilprozessualer Anträge im allgemeinen und wird durch § 53 Abs. 2 G.K.G. bestätigt. Ist der Antrag zurückgenommen, so darf der Konkurs nicht eröffnet werden.

7. Unter gewissen Umständen besteht nicht blofs das Recht, sondern auch die Pflicht, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen.

a) Der Vorstand eines den Bestimmungen des B.G.B. unterworfenen rechtsfähigen Vereins hat im Falle der Überschuldung (nicht der Zahlungsunfähigkeit!) des Vereins die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§ 42 Abs. 2 Satz 1 B.G.B.). Wird die Stellung des Antrags schuldhaft verzögert, so haften die Vorstandsmitglieder dem Vereine für Schadensersatz (arg. § 276 B.G.B.). Der Schadensersatzanspruch des Vereins gehört zur Konkursmasse, wenn nachträglich Konkurs eröffnet wird. Durch schuldhafte Verzögerung des Antrags werden aber die einzelnen Vorstandsmitglieder auch den Gläubigern des Vereins für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner (§ 42 Abs. 2 Satz 2 B.G.B.). Die Ansprüche der Gläubiger stehen neben denen des Vereins.

Dieselben Vorschriften gelten für die Liquidatoren des Vereins (arg. § 48 Abs. 2 B.G.B.), wenn sich der Verein im Liquidationsstadium befindet.

b) Auf den Vorstand einer Stiftung und auf die Liquidatoren einer in Liquidation befindlichen Stiftung finden die unter litt. a entwickelten Sätze entsprechende Anwendung (arg. § 86 B.G.B.).

c) Sobald die Zahlungsunfähigkeit[15] einer Aktiengesellschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, und zwar ist jedes Mitglied des Vorstandes zu dem Konkursantrage verpflichtet. Dasselbe gilt, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, dafs das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt (§ 240 Abs. 2 H.G.B.). Befindet sich die Aktiengesellschaft im Liquidationsstadium, so trifft die sonst den Mitgliedern des Vorstands obliegende Pflicht die Liquidatoren (§ 298 Abs. 2 H.G.B.).

Die schuldhafte (vgl. § 241 Abs. 1 H.G.B.) Nichterfüllung dieser Pflicht hat privatrechtliche und strafrechtliche Wirkung.

Die Verpflichteten haften der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den aus der Unterlassung des rechtzeitigen Konkursantrags entstehenden Schaden (§ 241 Abs. 2 H.G.B.). Dieser Ersatzanspruch gehört zur Konkursmasse, wenn nachträglich Konkurs über das

[15] Über diesen Begriff s. u. S. 139.

Gesellschaftsvermögen eröffnet wird. Sind Zahlungen geleistet worden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten war oder ihre Überschuldung sich ergeben hatte, so ist jeder zum Konkursantrage Verpflichtete nicht blofs der Gesellschaft, sondern auch den einzelnen Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie ihre Befriedigung nicht erlangen können, zum Schadensersatze verbunden. Die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern wird durch einen Verzicht der Gesellschaft auf den Ersatzanspruch nicht berührt (§ 241 Abs. 3 Nr. 6 und Abs. 4 H.G.B.). Die Ersatzansprüche der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger verjähren in fünf Jahren (§ 241 Abs. 5 H.G.B.).

Die strafrechtliche Folge der Unterlassung ist in § 315 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 4 H.G.B. ausgesprochen.

d) Bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien finden die den Vorstand der Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften über die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens einschliefslich der Vorschriften über die privatrechtliche und die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Anwendung (§ 325 Nr. 8, 9 H.G.B.). Befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, so sind die Pflichten der Liquidatoren dieselben wie bei der Aktiengesellschaft (arg. § 320 Abs. 3 H.G.B.).

e) Sobald die Zahlungsunfähigkeit einer nach dem R.G. v. 1. Mai 1889 errichteten Genossenschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen; dasselbe gilt, wenn sich bei oder nach Auflösung der Genossenschaft aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz Überschuldung ergiebt (§ 99 Abs. 1 Gen.Ges. Red. 1898). Der Vorstand einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung ist aufserdem verpflichtet, die Eröffnung des Konkurses auch dann zu beantragen, wenn sich bei der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz eine Überschuldung ergiebt, die ein Vierteil des Betrags der Haftsumme aller Genossen übersteigt (§ 140 Gen.Ges.). Befindet sich die Genossenschaft in Liquidation, so gelten diese Vorschriften für die Liquidatoren (§ 118 Gen.Ges.).

Die privatrechtliche Folge der schuldhaften Nichterfüllung der Pflicht zum Konkursantrage ist die persönliche und solidarische Haftung für den daraus entstandenen Schaden (§ 34 Abs. 1, 2 Gen.Ges.); insbesondere sind die Verpflichteten der Genossenschaft zum Ersatz einer Zahlung verpflichtet, die nach dem Zeitpunkte, in dem sie den Konkurs zu beantragen hatten, geleistet wurde

(§ 99 Abs. 2, § 140 Satz 3 Gen.Ges.). Diese Ansprüche verjähren in fünf Jahren (§ 99 Abs. 3 Gen.Ges.). Die Ersatzansprüche gehören zur Konkursmasse, wenn nachträglich Konkurs über das Vermögen der Genossenschaft eröffnet wird. Den Gläubigern der Genossenschaft steht kein Ersatzanspruch zu.

Die strafrechtliche Folge der Unterlassung ist aus § 148 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Gen.Ges. zu ersehen.

f) Die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (R.G. v. 20. April 1892) haben die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus einer Bilanz Überschuldung sich ergiebt (§ 64 Abs. 1 cit. Ges.). Die gleiche Pflicht haben die Liquidatoren (§ 71 Abs. 1 cit. Ges.).

In Ansehung der Ansprüche, die bei Verzögerung der Antragstellung entstehen, gilt dasselbe, wie bei der Genossenschaft (§ 43 Abs. 1, 2, § 64 Abs. 2 cit. Ges.). Die strafrechtliche Folge ergiebt sich aus § 84 des cit. Gesetzes.

g) Der Erbe hat unverzüglich (vgl. § 121 Abs. 1 B.G.B.) die Eröffnung des Nachlafskonkurses zu beantragen, wenn er von der Überschuldung des Nachlafses Kenntnis erhalten hat (§ 1980 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.)[16]. Bei Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses bleiben die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen aufser Betracht (§ 1980 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.), weil sie hinter allen anderen Verbindlichkeiten zurückstehen (vgl. § 1992 B.G.B.). Der Kenntnis der Uberschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich; als Fahrlässigkeit kann insbesondere die Unterlassung des Antrags auf Aufgebot der Nachlafsgläubiger in Betracht kommen (§ 1980 Abs. 2).

Die Verpflichtung des Erben entfällt, wenn sich die Überschuldung nur durch Einbeziehung ausgeschlossener Nachlafsgläubiger ergiebt (arg. §§ 1973, 1974 B.G.B.), wenn der Nachlafs den Kosten des Konkursverfahren nicht entspricht (arg. §§ 1990, 1991 B.G.B.) und wenn der Erbe allen Nachlafsgläubigern unbeschränkt haftet (arg. § 2013 B.G.B.).

Erfüllt der Erbe die ihm obliegende Verpflichtung nicht, so ist er den Nachlafsgläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich (§ 1980 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.). Diese Ansprüche

---

[16] Hierzu und zu litt. h vgl. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlafskonkurs, S. 54.

der Nachlaſsgläubiger fallen der Konkursmasse zu, wenn nachträglich der Konkurs eröffnet wird[17].

Bei Ausschlagung der Erbschaft entfällt jede Schadensersatzpflicht, da der Anfall als nicht erfolgt gilt (§ 1953 Abs. 1 B.G.B.).

Ist ein Nachlaſspfleger (§§ 1960, 1961, 1963 B.G.B.) oder ein Testamentsvollstrecker (§§ 2197 ff. B.G.B.) bestellt, so hat dieser die sonst dem Erben obliegende Pflicht bezüglich des Konkursantrags zu erfüllen, weil er für die Berichtigung der Nachlaſsverbindlichkeiten zu sorgen hat[18].

Verzögert ein Nachlaſspfleger oder ein Testamentsvollstrecker schuldhaft den Antrag auf Konkurseröffnung, so ist er dem Erben zum Ersatze verpflichtet (arg. § 1915 Abs. 1 mit 1833, dann § 2219 B.G.B.). Zu den Nachlaſsgläubigern steht weder der Pfleger noch der Nachlaſspfleger in einem Rechtsverhältnis, aus dem sich eine direkte Ersatzpflicht konstruieren läſst.

h) Ist eine Nachlaſsverwaltung bestellt, so ist der Erbe nicht mehr verpflichtet, den Konkurs zu beantragen, vielmehr geht diese Pflicht auf den Nachlaſsverwalter über (§ 1985 Abs. 2 Satz 2 mit § 1980 B.G.B.). Bei Verzögerung des Antrags ist der Nachlaſsverwalter persönlich dem Erben und den Nachlaſsgläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Wird nachträglich Konkurs über den Nachlaſs eröffnet, so fallen die den einzelnen Konkursgläubigern zustehenden Ersatzansprüche gegen den Nachlaſsverwalter in die Konkursmasse[19].

§ 21.

2. Konkursgrund.

Als Anlässe zur Eröffnung des Konkursverfahrens (Konkursgründe) kommen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit in Betracht[1].

Überschuldung (Insuffizienz) ist vorhanden, wenn die Summe der in einem Vermögen vorhandenen Werte (Aktiva) die Summe

---

[17] Vgl. o. S. 77.

[18] Bei Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2222 oder § 2223 B.G.B. gilt dies nicht.

[19] Vgl. o. S. 77.

[1] Das frühere gem. Recht und die meisten Partikularrechte kannten nur die Überschuldung als Konkursgrund. Die Litteratur und einzelne Gesetze gebrauchen den Ausdruck „Insolvenz“ im Sinne von Überschuldung;

der daraus zu berichtigenden Schulden (Passiva) nicht erreicht; Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz), wenn Schulden wegen Mangels von Zahlungsmitteln nicht berichtigt werden. Das Nichtberichtigen mufs seinen Grund darin haben, dafs Zahlungsmittel nicht vorhanden sind und auch nicht alsbald beschafft werden können. Wer seine Schulden aus Nachlässigkeit oder Chicane nicht berichtigt, ist nicht zahlungsunfähig. Können Zahlungsmittel alsbald beschafft werden, so besteht blofs Zahlungsstockung. Solange keine verfallene Schuld vorhanden ist, kann von Zahlungsunfähigkeit nicht die Rede sein[2].

Ein Anzeichen von Zahlungsunfähigkeit ist die Zahlungseinstellung, d. i. die von dem Schuldner ausgehende Erklärung der Zahlungsunfähigkeit. Diese Erklärung kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen, z. B. durch Schliefsung der Geschäftsräume, durch Flucht etc. Die Zahlungseinstellung ist nach der K.O. kein selbständiger Konkursgrund, sondern nur eine Thatsache, aus der die Zahlungsunfähigkeit regelmäfsig zu folgern ist (§ 102 Abs. 2). Das Gericht mufs trotz Zahlungseinstellung die Zahlungsunfähigkeit verneinen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, obgleich er zur Berichtigung der Schulden imstande war.

Der regelmäfsige Konkursgrund der K.O. ist die Zahlungsunfähigkeit (§ 102 Abs. 1).

Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist Anlafs zur Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer juristischen Person, weil hier der Zustand der Überschuldung bei Zahlungsfähigkeit den Gläubigern gefährlicher ist, als bei physischen Personen. Das ist für die Aktiengesellschaft und für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung besonders vorgesehen (§§ 207 Abs. 1 KO., § 63 Abs. 1 R.G. v. 20. Apr. 1892) und auf andere juristische Personen ausdehnt (§ 213).

Über das Vermögen einer Genossenschaft, die sich im Liquidationsstadium befindet, kann Konkurs sowohl wegen Zahlungs-

---

vgl. z. B. Bayer §§ 44 bis 46, Lüb. K.O. §§ 6, 90, Hamb. Fall.Ordn. v. 1753 Art. 1. Bei kaufmännischen Konkursen wird nach dem Vorbilde von Code de comm. art. 437 Zahlungseinstellung verlangt in brem. K.O. § 11, bad. Handelsrecht Satz 206, 208, pr. K.O. § 113, bayr. Pr.O. Art. 1175 Nr. 2.

[2] A.M.: Oetker, Grundbegr. I S. 174, 180. Dafs eine künftige Zahlung wegen Mangels von Mitteln unterbleibt, kann höchstens wahrscheinlich, nie gewifs sein.

unfähigkeit, als wegen Überschuldung eröffnet werden (§ 98 Gen.Ges. Red. 1898). Über das Vermögen einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung kann allezeit sowohl wegen Zahlungsunfähigkeit, als wegen Überschuldung Konkurs eröffnet werden, wenn die Überschuldung ein Vierteil des Betrags der Haftsumme aller Genossen übersteigt (§ 140 Gen. Ges.).

Was die Gemeinschaften zur gesamten Hand betrifft, so steht fest, dafs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft nur wegen Zahlungsunfähigkeit, über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft auf Aktien aber sowohl wegen Zahlungsunfähigkeit als auch wegen Überschuldung Konkurs eröffnet werden kann (§ 209). Man wird auch bei anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand jeden der beiden Gründe als genügend zur Eröffnung des Konkurses erachten müssen, wenn nicht alle Gemeinschafter auch mit ihrem Privatvermögen solidarisch für die Gemeinschaftsschulden haften[8].

Über einen Nachlafs und über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann Konkurs nur wegen Überschuldung eröffnet werden (§§ 215, 236 Satz 1); denn einerseits kann die Überschuldung des Nachlasses nicht durch Erwerbsthätigkeit überwunden werden, andererseits werden die Nachlafsgläubiger durch blofse Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses noch nicht gefährdet, da ihnen Sicherungsmittel, insbesondere der Antrag auf Nachlafsverwaltung, zu Gebot stehen.

§ 22.

3. Mehrheit von Gläubigern und genügende Konkursmasse.

Konkurs darf nur eröffnet werden, wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind, die in dem zu eröffnenden Verfahren als Konkursgläubiger in Betracht kommen. Das ergiebt sich aus der Entwicklung des Konkursprozesses und aus der ganzen Anlage des Verfahrens. Jene zeigt die Abzweigung des Konkursprozesses von dem für den einzelnen Gläubiger berechneten Vollstreckungsverfahren. Die Anlage des Verfahrens mit einer Gläubigergemeinschaft und einem Verteilungsverfahren pafst nicht für den Fall,

[8] Haften alle Gemeinschafter solidarisch und unbeschränkt, so dürfte die Analogie der offenen Handelsgesellschaft zutreffen, sonst nicht.

dafs nur ein Gläubiger vorhanden ist[1]. Übrigens braucht der Antragsteller das Vorhandensein einer Gläubigermehrheit nicht nachzuweisen. Nur wenn sich bei den Ermittelungen, die das Gericht anstellt, ergiebt, dafs nur ein Gläubiger vorhanden ist, ist die Eröffnung abzulehnen.

Die Eröffnung des Verfahrens unterbleibt, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist (§ 107 Abs. 1 Satz 1). Bei der Schätzung der Masse sind Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht, nur insoweit anzusetzen, als ein Überschufs nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten zu erwarten ist. Was durch Anfechtung hereingebracht werden kann, ist zu berücksichtigen. Auf die Schätzung der Masse und der Kosten bezieht sich das dem Gericht eingeräumte Ermessen, nicht auf die Konkurseröffnung als solche. Diese darf nicht erfolgen, wenn die Masse so gering ist, dafs nach der Deckung der Kosten für die Gläubiger nichts übrig bleibt.

Nur wenn der Antragsteller einen zur Deckung der im § 58 Nr. 1, 2 bezeichneten Massekosten ausreichenden Geldbetrag vorgeschossen hat, darf die Konkurseröffnung nicht wegen unzureichender Masse verweigert werden (§ 107 Abs. 1 Satz 2). Auf diese Weise kann der Antragsteller Bedenken des Gerichts überwinden.

Das Gericht hat ein Verzeichnis derjenigen Schuldner zu führen, bezüglich deren die Eröffnung des Konkurses wegen Mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse abgelehnt worden ist. Die Einsicht des Verzeichnisses ist jedem zu gestatten. Nach Ablauf von fünf Jahren seit der Abweisung des Eröffnungsantrags ist die Eintragung in dem Verzeichnisse dadurch zu löschen, dafs der Name unkenntlich gemacht wird

---

[1] Nach dem früheren gem. Recht war unbestritten, dafs mehrere Gläubiger vorhanden sein müssen. Vgl. Salgado de Samoza, P. I c. 1 nr. 41, Dabelow S. 671 ff., Gönner IV 82 §§ 3, 7, Bayer § 1, Fuchs, Concursverf. §§ 1, 15, S. A. XXX Nr. 100. Die Komment. sowie Oetker, Grundbegr. I S. 56, Kohler, Lehrb. S. 67 f. und das R.G.Entsch. XI Nr. 11 S. 40 ff. nehmen das Gegenteil an, weil in der K.O. nichts von dem Erfordernisse steht. Das beweist nichts. Der auch vom R.G. angeführte Grund, dafs die K.E. durch Erleichterung der Anfechtung einem Gläubiger vorteilhaft sein könne, beweist höchstens, dafs ein Konkurs mit einem Gläubiger nichts ganz Sinnloses wäre, aber nicht dafs er zulässig ist. Endemann S. 35 und die Mot. zu Entw. I e. B.G.B. V S. 683 erkennen die Gläubigermehrheit als Voraussetzung des Konkurses an. Vgl. a. österr. K.O. § 66.

(§ 107 Abs. 2). Diese Vorschriften entsprechen den Bestimmungen des § 915 C.Pr.O.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Genossenschaft darf nicht aus dem in § 107 angegebenen Grunde abgelehnt werden (§§ 100 Abs. 3, 140 Satz 3 Gen.Ges.). Das hängt mit der Nachschufspflicht der Genossen zusammen.

§ 23.

II. Die Ermittelung.

Der Entscheidung über den Antrag auf Konkurseröffnung können Ermittelungen über die bei der Entscheidung in Betracht kommenden Thatsachen vorangehen (präparatorisches Verfahren). Welche Ermittelungen anzustellen sind, ist nach den Umständen zu bemessen. Im Gesetze ist nur bestimmt, dafs der Schuldner zu hören ist, wenn die Konkurseröffnung von einem Gläubiger beantragt ist (§ 105 Abs. 2). Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung (§ 203 C.Pr.O.) oder eine Zustellung im Auslande erfordert, in welchem Falle, soweit thunlich, ein Vertreter oder ein Angehöriger des Schuldners zu hören ist (§ 105 Abs. 3). Wird der Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person oder einer Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht von allen Vorstandsmitgliedern oder nicht von allen Gemeinschaftern, sondern nur von einem derselben beantragt, so sind die übrigen Vorstandsmitglieder oder Gemeinschafter zu hören, es wäre denn, dafs dazu eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erforderlich wäre (§§ 208 Abs. 2 Satz 2, 209 Abs. 2, 210 Abs. 2 Satz 2, 213, 217 Abs. 2 Satz 2 verb. mit § 105 Abs. 2, 3). Steht die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker zu, so ist, wenn der Erbe die Eröffnung des Nachlafskonkurses beantragt, der Testamentsvollstrecker, wenn dieser den Antrag stellt, der Erbe zu hören (§ 217 Abs. 3). Beantragt ein Ehegatte die Eröffnung des Konkurses über einen der Ehefrau angefallenen, zum eingebrachten Gut oder zum Gesamtgute gehörenden Nachlafs, so ist der andere Ehegatte, wenn thunlich, zu hören (§ 218 Abs. 2 Satz 2). Wird bei fortgesetzter Gütergemeinschaft Konkurs über das Gesamtgut von dem überlebenden Ehegatten oder von einem Gläubiger beantragt, so hat das Gericht die anteilsberechtigten Abkömmlinge soweit thunlich zu hören (§ 236 Satz 4).

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften kann im Beschwerdeverfahren gerügt werden, macht aber den Eröffnungsbeschluſs nicht nichtig.

Ermittelungen über den Konkursgrund (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) wird das Gericht insbesondere dann anstellen müssen, wenn der Gemeinschuldner den Konkursgrund bestreitet (§ 105 Abs. 2). Aber auch wenn der Gemeinschuldner den Konkursgrund zugesteht, kann das Gericht Ermittelungen anordnen; denn das Geständnis des Schuldners ist für das Gericht nicht bindend.

Während der Zeit zwischen der Antragstellung und der Entscheidung kann das Gericht die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen (§ 106 Abs. 1 Satz 1). Auf die Haft finden die Vorschriften der §§ 904 bis 910, 912, 913 C.Pr.O. Anwendung.

Das Gericht kann ferner alle zur Sicherung der Masse dienenden Maſsregeln, z. B. Siegelungen, Veräuſserungsverbote, Sequestrationen, anordnen, (§ 106 Abs. 1 Satz 2), insbesondere auch ein allgemeines Veräuſserungsverbot gegen den Schuldner erlassen (§ 106 Abs. 2 Satz 3). Bezieht sich ein specielles Veräuſserungsverbot auf ein Grundstück oder auf ein im Grundbuch eingetragenes Recht des Gemeinschuldners, so ist es in das Grundbuch einzutragen. Ebenso ist ein allgemeines Veräuſserungsverbot einzutragen bei den Grundstücken, als deren Eigentümer der Gemeinschuldner eingetragen ist, und, wenn eine Beeinträchtigung der Konkursgläubiger zu besorgen ist, auch bei den für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechten (§ 113 Abs. 1). Das Konkursgericht hat, soweit ihm solche Grundstücke und Rechte bekannt sind, das Grundbuchamt um die Eintragung zu ersuchen (§ 113 Abs. 2). Die Eintragung geschieht gebührenfrei (§ 115).

Wird der Eröffnungsantrag abgewiesen, so sind die angeordneten Sicherheitsmaſsregeln aufzuheben (§ 106 Abs. 2). Insbesondere hat das Konkursgericht von Amtswegen das Grundbuchamt um Löschung der nach § 113 erfolgten Eintragungen zu ersuchen.

Eine Verfügung über den von dem Veräuſserungsverbote betroffenen Gegenstand ist im Falle der Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Ebenso verhält es sich mit einer Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt, so daſs also das durch Pfändung[1] oder durch

[1] Trotz vorheriger Ansage nach § 845 C.Pr.O., vgl. R.G.Entsch. XXVI S. 426 ff.

Beschlagnahme erworbene Recht oder die im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkte Vormerkung den Konkursgläubigern gegenüber nicht geltend gemacht werden kann (§ 136 verb. mit § 135 Abs. 1 B.G.B.). Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung (§ 136 verb. mit § 135 Abs. 2 B.G.B.). Der Erwerb durch Rechtsgeschäft (nicht der durch Zwangsvollstreckung!) ist also gemäfs §§ 892 ff., 982 ff. B.G.B., § 366 H.G.B. gegen die Wirkung des Veräufserungsverbots gesichert, wenn der Erwerber das Verbot nicht kannte[2].

§ 24.

III. Die Entscheidung.

Das Gericht hat zuvörderst von Amtswegen zu prüfen, ob der Antrag den prozessualischen Vorschriften entspricht; nämlich

a) ob der Antrag in ordnungsmäfsiger Form, d. i. schriftlich oder durch eine zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene Erklärung, gestellt ist;

b) ob der Antragsteller antragsberechtigt ist (vgl. S. 125 ff.);

c) ob der Antragsteller partei- und prozefsfähig und, wenn der Antrag durch einen gesetzlichen Vertreter gestellt wird, ob der Antragsteller der gesetzliche Vertreter des Antragsberechtigten ist[1];

d) wenn der Antrag durch einen Bevollmächtigten gestellt ist, ob die Bevollmächtigung nachgewiesen ist (arg. § 88 Abs. 2 C.Pr.O.)[2];

e) ob der Antrag bei dem zuständigen Gericht gestellt ist (vgl. oben S. 37 f.);

f) Ob der Gemeinschuldner der inländischen Gerichtsbarkeit untersteht (vgl. §§ 18 bis 21 G.V.G.);

---

[2] Die in § 98 Satz 4 K.O. v. 1877 enthaltenen Vorschriften über die Beweislast sind aufgehoben. — Über die Gestaltung des § 106 K.O. v. 1898 s. Komm Ber. 1898, S. 25.

[1] Bei Gefahr im Verzuge können nach Analogie von § 56 Abs. 2 C.Pr.O. provisorische Anordnungen nach § 106 K.O. erlassen werden, obwohl die Prozefsfähigkeit oder die Legitimation des Vertreters noch nicht feststeht.

[2] Bei Gefahr im Verzuge können nach Analogie von § 89 C.Pr.O. trotz Mangels der Vollmacht oder des Nachweises der Bevollmächtigung provisorische Anordnungen nach § 106 K.O. erlassen werden.

g) ob das Vermögen, worüber nach dem Antrage Konkurs eröffnet werden soll, ein solches ist, dafs darüber ein Konkurs möglich ist (vgl. oben S. 67 ff.);

h) ob nicht ein Konkursverfahren über dasselbe Vermögen[3] bei einem inländischen Gericht anhängig ist. Neben einem anhängigen Konkurs kann kein zweiter Konkurs über dasselbe Vermögen eröffnet werden, weil das zweite Verfahren zwecklos ist[4];

i) ob der Antragsteller bei der Antragstellung glaubhaft gemacht hat, was das Gesetz verlangt.

Geht der Antrag von einem Gläubiger aus, so hat der Antragsteller seine Eigenschaft als Konkursgläubiger[5] und den Konkursgrund (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) glaubhaft zu machen (§ 105 Abs. 2, vgl. a. § 208 Abs. 2, 210 Abs. 2, 213, 217 Abs. 1, 218 Abs. 2).

Geht der Antrag von dem Gemeinschuldner aus, so bedarf es der Glaubhaftmachung des Konkursgrundes nicht[6]. Nur dann, wenn der Antrag nicht von allen, sondern blofs von einem oder von mehreren derjenigen Personen gestellt ist, welche als gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners oder als gemeinschaftliche Gemeinschuldner in Betracht kommen, ist die Glaubhaftmachung des Konkursgrundes erforderlich. Daher bedarf es dieser Glaubhaftmachung, wenn der Konkurs über das Vermögen einer Aktien-

[3] Über verschiedenes Vermögen können mehrere Konkurse gleichzeitig stattfinden, vgl. o. S. 89.

[4] Vgl. die umständliche Deduktion von Oetker, Grundbegr. I S. 65 f. — Ist versehentlich ein zweiter Konkurs eröffnet worden, so ist zunächst derjenige Eröffnungsbeschluſs maſsgebend, welcher zuerst rechtskräftig wird, und zwar selbst dann, wenn er später erlassen ist; denn der Verstoſs gegen das Prozeſsgesetz, der in der Eröffnung des zweiten Konkurses liegt, ist durch die Rechtskraft gedeckt. Sind beide Beschlüsse rechtskräftig, so liegt ein Konflikt vor, der nach § 36 Nr. 5 C.Pr.O. zu lösen ist.

[5] In den Fällen der §§ 219, 220 muſs der Nachlaſsgläubiger auch glaubhaft machen, daſs ihm das Antragsrecht zusteht; also daſs er nicht im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist und auch nicht unter § 1974 B.G.B. fällt; wenn er ausgeschlossen ist oder nach § 1974 einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht, daſs Konkurs über das Vermögen des Erben (im Falle des § 219 Abs. 2 über das Vermögen des Ehemannes) eröffnet ist, ferner daſs die zweijährige Frist des § 220 noch nicht verstrichen ist. Denn, was glaubhaft zu machen ist, ist die Antragsberechtigung, die in diesem Falle nicht allein von der Eigenschaft als Nachlaſsgläubiger, sondern noch von anderen Umständen abhängt. Über die Thatsachen, die der Erbe glaubhaft zu machen hat, wenn er nach Verkauf der Erbschaft den Nachlaſskonkurs gemäſs § 232 Abs. 2 beantragt, s. o. S. 131.

[6] Vgl. § 96 des Entw. e. K.O. und K.Pr. S. 74 ff.

gesellschaft nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder nicht von allen Liquidatoren beantragt wird (§ 208 Abs. 2); ebenso wenn der Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern (§ 210 Abs. 2), oder wenn der Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person oder eines Vereins nicht von allen Vertretern der juristischen Person oder des Vereins (§ 212), oder wenn der Konkurs über das Vermögen einer Genossenschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht von allen Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren (Gen.Ges. §§ 100 Abs. 2, 118; R.G. v. 20. Apr. 1892, § 63 Abs. 2), oder wenn der Nachlafskonkurs nicht von allen Miterben (§ 217 Abs. 2) beantragt wird.

Wird Konkurs über das im Inlande befindliche Vermögen nach § 238 beantragt, so bedarf es des Nachweises und folglich auch der Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit nicht, wenn gegen den Gemeinschuldner im Ausland ein Konkursverfahren eröffnet ist (§ 238 Abs. 3).

Der Gemeinschuldner hat als Antragsteller ein Verzeichnis der Gläubiger und der Schuldner, sowie eine Übersicht der Vermögensmasse einzureichen oder, wenn das nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern (§ 104). Ein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung ist die Einreichung des Verzeichnisses und der Übersicht nicht. Das Gericht kann die Eröffnung auch beschliefsen, ohne dafs das Verzeichnis etc. nachgeliefert wird.

Entspricht der Antrag den prozessualischen Vorschriften nicht, so ist er als unzulässig zurückzuweisen.

Entspricht der Antrag diesen Vorschriften, so hat das Gericht ferner von Amtswegen zu prüfen, ob ein Konkursgrund (s. o. S. 138f.), eine Mehrheit von Gläubigern (s. o. S. 140) und eine genügende Masse (s. o. S. 141) vorhanden ist. Je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung ist der Konkurs zu eröffnen oder der Antrag als unbegründet abzuweisen.

Der Eröffnungsbeschlufs hat die Stunde der Eröffnung anzugeben (§ 108 Abs. 1). Ergeht er auf Grund mündlicher Verhandlung, so mufs er verkündet werden (arg. § 329 Abs. 1 C.Pr.O.); dann ist die Stunde der Verkündung anzugeben; sonst die Stunde, in der der Beschlufs unterschrieben wird. Nicht die Stunde der Zustellung, auch nicht die Stunde, in der der Beschlufs dem Gerichtsschreiber zur Besorgung der Zustellungen ausgehändigt wird; denn zur Zeit der Niederschrift des Beschlusses läfst sich keine

dieser Stunden genau und sicher bestimmen, und das Gesetz gebietet die Aufnahme der Eröffnungsstunde in den Beschluſs[7].

Die Angabe der Eröffnungsstunde im Beschlusse ist ebenso Beurkundung, wie die Angabe des Orts und Tags der Beschluſsfassung. Ist eine dieser Angaben falsch, so ist Abhülfe auf dem Beschwerdeweg möglich.

Wurde versäumt, im Beschlusse die Eröffnungsstunde anzugeben, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an dem der Beschluſs erlassen wurde (§ 108 Abs. 2), wobei vorausgesetzt wird, daſs dieser Tag im Beschluſs enthalten ist. Da die Lücke des Beschlusses in diesem Falle durch eine gesetzliche Fiktion ausgefüllt ist, so ist eine Nachholung der Stundenangabe im Beschwerdeweg nicht möglich.

Der Beschluſs, der den Antrag auf Konkurseröffnung als unzulässig zurück- oder als unbegründet abweist, ist nur dem Antragsteller zuzustellen, auch wenn andere Personen im vorbereitenden Verfahren gehört wurden[8]. Gegen den Beschluſs steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu (§ 109). Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es selbst die Eröffnung aussprechen oder dem Untergerichte die erforderliche Anordnung übertragen (§ 575 C.Pr.O.). Gegen die der Beschwerde stattgebende Entscheidung steht dem Gemeinschuldner die weitere Beschwerde zu. Ob dem Antragsteller gegen einen die Beschwerde abweisenden Beschluſs des Beschwerdegerichts eine weitere Beschwerde zusteht, hängt davon ab, ob ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vorhanden ist (§ 568 Abs. 2 C.Pr.O.). Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die weitere Beschwerde findet keine weitere Beschwerde statt (§ 568 Abs. 4 C.Pr.O.).

Der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses sofort öffentlich bekannt zu machen (§ 111 Abs. 1). Die Bekannt-

[7] Über die anzugebende Stunde bestehen Meinungsverschiedenheiten. Vgl. auſser den Kommentaren: Endemann S. 92 ff., Kohler Lehrb. S. 539, Fitting, Ztschr. f. d. C.Pr. X S. 5 N. 14, Oetker, Konkursrechtl. Fragen (Rost. Festg. f. Windscheid) S. 3 ff., Grundbegr. I S. 76 ff., Vierhaus, Ztschr. f. d. C.Pr. XIV S. 281. Die Perfektion des Beschlusses darf nicht, wie das häufig geschieht, mit der Unwiderruflichkeit verselbigt werden. Auch der perfekte Beschluſs kann, solange er die Schwelle des Gerichts nicht überschritten hat, zurückgenommen oder geändert werden. — Die Mot. S. 332 sind aus den Mot. z. Entw. e. d. G.Sch.O. S. 55 abgeschrieben, deren § 110 stets die Verkündung des Eröffnungsurteils gebot; sie passen nicht zum Entw. der K.O.

[8] Abw. Petersen u. Kleinfeller § 100 N. 1.

machung ist unbeschadet der Vorschriften des § 76 Abs. 1 auszugsweise in den deutschen Reichsanzeiger einzurücken (§ 111 Abs. 2). An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner erfolgt besondere Zustellung (§ 111 Abs. 3).

Gegen den Beschluſs steht nur dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu (§ 109). Die Frist beginnt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die erste Einrückung enthaltenden Blattes (§ 76 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3). Dem Gemeinschuldner steht die Beschwerde auch dann zu, wenn er selbst als Antragsteller fungiert; denn die Beschwerde kann sich darauf stützen, daſs das Gericht das Vorhandensein eines Antrags zu Unrecht angenommen oder die Zurücknahme des Antrags nicht berücksichtigt habe. Ist der Gemeinschuldner nach der Eröffnung gestorben, so hat das Beschwerderecht, wer im Nachlaſskonkurse die Stellung des Gemeinschuldners hat (vgl. o. S. 74).

Was oben über die abändernde und über die bestätigende Entscheidung des Beschwerdegerichts im Falle der Beschwerde gegen den abweisenden Beschluſs des Konkursgerichts gesagt wurde, findet auf den Fall der Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluſs entsprechende Anwendung.

Die öffentliche Bekanntmachung ist Voraussetzung für das weitere Verfahren. Dieses wäre ohne die öffentliche Bekanntmachung nichtig.

Über die mit der Eröffnung des Konkursverfahrens zu verbindenden Anordnungen s. § 110. Auch diese Anordnungen hat der Gerichtsschreiber mit der Konkurseröffnung sofort öffentlich bekannt zu machen (§ 111 Abs. 1) sowie den ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubigern und Schuldnern des Gemeinschuldners zuzustellen (§ 111 Abs. 3).

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters (§§ 125, 147 Fr.G. vgl. a. § 32 H.G.B.) oder ähnlicher Register (Vereinsregister §§ 21, 55 ff. B.G.B., §§ 159 ff. Fr.G.) und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzuteilen, wenn der Gemeinschuldner in ein solches Register eingetragen oder wenn er ein Beamter ist (§ 112).

Die Konkurseröffnung ist in das Grundbuch einzutragen bei denjenigen Grundstücken, als deren Eigentümer der Gemeinschuldner im Grundbuch eingetragen ist, und bei den für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechten (z. B. Dienstbarkeiten, Hypo-

theken, Grundschulden, Rentenschulden) an Grundstücken[9] oder an eingetragenen Rechten, wenn nach Art des Rechts und nach den obwaltenden Umständen bei Unterlassung der Eintragung eine Beeinträchtigung der Konkursgläubiger zu besorgen ist (§ 113 Abs. 1). Ist über eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ein Brief erteilt, so lassen sich solche Rechte der Verfügung des Gemeinschuldners schon dadurch entziehen, dafs der Verwalter den Brief in Besitz nimmt.

Das Konkursgericht hat, soweit ihm solche Grundstücke oder Rechte bekannt sind, das Grundbuchamt von Amtswegen um die Eintragung zu ersuchen (§ 113 Abs. 2). Wenn in dieser Hinsicht weitere Ermittelungen erforderlich werden, so gehören sie zur Thätigkeit des Verwalters. Dieser kann eine Eintragung bei dem Konkursgericht anregen, er kann sie aber auch direkt bei dem Grundbuchamte beantragen (§ 113 Abs. 3). Dem Grundbuchamte steht keine Kognition darüber zu, ob eine Eintragung zur Wahrung der Interessen der Gläubigerschaft erforderlich ist.

Werden Grundstücke oder Rechte, bei denen eine Eintragung nach Mafsgabe des § 113 Abs. 1, 2, d. i. auf Ersuchen des Konkursgerichts, bewirkt worden ist, von dem Verwalter aus der Konkursmasse freigegeben oder veräufsert, so kann der Gemeinschuldner oder der Erwerber nach Mafsgabe der Vorschriften des B.G.B. § 894 vgl. §§ 435, 445 die Löschung im Wege einer Berichtigung des Grundbuchs verlangen. In solchen Fällen kann das Konkursgericht auf Antrag das Grundbuchamt um Löschung der Eintragung ersuchen (§ 114). Zu dem Antrage berechtigt ist bei Freigabe der Gemeinschuldner, bei Veräufserung der Erwerber und in beiden Fällen der Verwalter als Vertreter der Gläubigerschaft (arg. § 13 Gr.B.O.). Gegen Abweisung des Antrags steht dem Antragsteller, gegen dessen Bewilligung dem Konkursverwalter die sofortige Beschwerde zu.

Die Eintragung und Löschung von Vermerken auf Grund der §§ 113, 114 geschieht gebührenfrei (§ 115).

Sobald eine den Eröffnungsbeschlufs aufhebende Entscheidung des Beschwerdegerichts durch Ablauf der Notfrist zur Einlegung der weiteren Beschwerde oder durch Verwerfung der weiteren Beschwerde die Rechtskraft erlangt hat, ist die Aufhebung des

---

[9] Den Grundstücken stehen in dieser Hinsicht das Erbbaurecht (§ 1017 B.G.B.) und die in den Art. 63, 68 E.G. z. B.G.B. bezeichneten Rechte gleich. Begr. d. Konk.Nov. S. 40.

Verfahrens öffentlich bekannt zu machen (§ 116 Satz 1). Die Vorschriften der §§ 111 Abs. 2, 112, 113, 191 finden entsprechende Anwendung (§ 116 Satz 2). Die auf Grund des § 113 erfolgten Eintragungen sind also zu löschen, und zwar hat das Konkursgericht das Grundbuchamt von Amtswegen um die Löschung auch der von dem Verwalter beantragten Eintragungen zu ersuchen. Der Verwalter hat aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen und die bestrittenen Masseansprüche sicher zu stellen; denn von dem Eröffnungsbeschlusse an bis zu dessen rechtskräftiger Aufhebung hat die Gläubigerschaft existiert und in diesem Zeitraum können Verbindlichkeiten der Gemeinschaft entstanden sein.

Fünftes Hauptstück.

Die Wirkungen der Konkurseröffnung.

§ 25.

I. Das Pfandrecht der Gläubigerschaft an der Konkursmasse.

Das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bleibt auch während des Konkurses Vermögen des Gemeinschuldners (arg. §§ 1, 6 „sein Vermögen"). Der Konkurs bewirkt keine Rechtsnachfolge in dem Sinne, dafs das Vermögen des Gemeinschuldners als Ganzes oder in seinen einzelnen Bestandteilen auf die Konkursgläubiger überginge[1]. Mit der Konkurseröffnung entsteht aber für die Konkursgläubiger das Recht, vor anderen Gläubigern aus den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen Befriedigung zu verlangen (Sachhaftung). Diese Haftung wird durch die in der Konkurseröffnung liegende Beschlagnahme der Konkursmasse für die Konkursgläubiger vermittelt.

---

[1] In der früheren gemeinrechtlichen Lehre wurde die Annahme, dafs der Konkurs eine Universalsuccession der Gläubiger oder doch eine Succession in das Aktivvermögen des Gemeinschuldners bewirke, vielfach vertreten. Vgl. für die Universalsuccession z. B. D. Mevius, Decisiones P. III dec. 329, A. Leyser. Meditationes ad Pand., med. 173 Nr. 4, med. 220 Nr. 6; für die Singularsuccession: z. B. Kori, Syst. des Konk.Proz. §§ 49, 50, Günther in Weiskes Rechtslex. unter „Concurs". Dieser Theorie ist auch die Annahme, dafs die Konkursgläubiger Repräsentanten des Gemeinschuldners nach Art eines procurator in rem suam seien, verwandt; so z. B. Dabelow Ausführl. Entw. d. L. v. Concurse (2) Cap. 26 S. 679, vgl. 279; A. Schweppe, Syst. des Konkurses § 59; A. C. J. Schmid, Handb. d. gem. d. C.Pr. III S. 215. Weitere Litteraturnachweise zu diesen Theorien s. L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. etc. S. 69 bis 71.

Dafs mit der Konkurseröffnung eine Beschlagnahme der Konkursmasse erfolgt, ist in der K.O. nicht ausdrücklich gesagt, kommt aber in einer Reihe von Vorschriften zur Erscheinung.

Nach §§ 110, 111 hat das Gericht bei der Eröffnung des Konkurses den offenen Arrest (§ 118) zu erlassen und der Gerichtsschreiber hat diesen offenen Arrest bekannt zu machen. Dieser offene Arrest bringt die Beschlagnahme der in § 118 genannten Gegenstände zum Ausdruck.

Nach § 113 ist die Konkurseröffnung in das Grundbuch einzutragen. Auch diese Mafsregel ist darauf zurückzuführen, dafs die in das Grundbuch eingetragenen Gegenstände durch die Eröffnung des Verfahrens für die Konkursgläubiger beschlagnahmt werden (vgl. §§ 19, 20 Zw.V.G.).

Das durch die Beschlagnahme für die Konkursgläubiger entstehende Recht ist nach dem deutschen Konkursrecht als ein Privatrecht an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen und zwar als ein Recht auf Sachhaftung (Pfandrecht) zu konstruieren.

Dafür spricht die geschichtliche Entwickelung des deutschen Konkursrechts. Diese Entwickelung zeigt den Zusammenhang mit der römischen missio in bona und mit dem deutschen Arrestprozefs. Im Missionsverfahren entstand ein Pfandrecht an den Gegenständen, die von den Gläubigern oder ihrem Vertreter in Besitz genommen wurden[2]. Im Arrestprozesse entsteht durch die Arrestvollziehung ein Pfandrecht an den beschlagnahmten Gegenständen[3]. Dafs nach dem früheren gemeinen Rechte mit der Konkurseröffnung ein Pfandrecht (pignus praetorium) an den Gegenständen der Konkursmasse entstehe, war die herrschende Lehre[4]. In der preufs. Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts

---

[2] L. 2 pr. D. pro herede 41,5; l. 23 D. de peculio 15,1; l. 26 D. de pign. act. 13,7; l. 3 § 1 D. de reb. eor. qui sub tutela 27,9; l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36,4; l. 35 D. de reb. auct. iud. 42,5; l. 2 C. de praet. pign. 8,21. Näheres s. L. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm. des d. K.R. I S. 20 ff.

[3] Über das aus dem früheren Arrestschlag entstehende Vorzugsrecht vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 54 ff., wo auch die dingliche Natur dieses Rechts des näheren erörtert ist. Dafs nach dem heutigen Rechte durch die Arrestvollziehung ein Pfandrecht entsteht, ist unbestritten und unbestreitbar.

[4] Vgl. z. B.: G. L. Böhmer, Electa iur. civ. tom. I exerc. XI § 4 J. A. Th. Kind, Quaest. for. IV c. XVIII (2. Aufl. 1807 S. 103); W. H. Puchta, Conc.Pr. S. 17 N. n., S. 285 N. b; A. W. Hefftcr, Syst. des C.Pr.R. § 538 N. I (2. Aufl. S. 652); Bayer, Theorie des Conc.Pr. § 29 (nicht ohne Zweifel);

wurde diese Konstruktion ausdrücklich angenommen[5]. Erst in der preufs. K.O. v. 1855 fand sie nicht mehr direkten Ausdruck[6]. Die Konstruktion wurde gleichwohl von namhaften Schriftstellern dem Gesetze unterlegt[7]. Die deutsche K.O. vermeidet, wie die preufs. K.O. v. 1855, von einem Pfandrechte zu reden. Das hindert nicht, eine Konstruktion zu verteidigen, aus der sich die verschiedenen auf das Verhältnis der Konkursgläubiger zur Konkursmasse bezüglichen Vorschriften des Gesetzes erklären[8].

Dafs die Unterstellung eines Pfandrechts nicht blofs mit den Vorschriften der K.O. vereinbar ist, sondern das richtige Verständnis dieser Vorschriften erst erschliefst, wird sich bei der Erörterung der einzelnen Vorschriften zeigen. An dieser Stelle kann die Konstruktion nur im allgemeinen begründet werden.

Das Recht, vor anderen Gläubigern Befriedigung aus gewissen Gegenständen zu verlangen, macht das Wesen des Pfandrechts aus. Und jenes Recht steht den Konkursgläubigern zweifellos zu.

Der Konkursverwalter ist befugt, die zur Konkursmasse gehörigen Sachen zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger jedem Besitzer gegenüber in Anspruch zu nehmen und

---

Fr. Wyfs, Gesch. d. Conc.Proc. d. Stadt und Landschaft Zürich (1845) S. 163 f.; A. Heusler, Die Bildung des Concursprocesses nach schweiz. Rechten, Zeitschr. f. schweiz. R. VII S. 166.

[5] Corpus iur. Frid. (1783) Th. IV Tit. 12 § 26; A.G.O. (1793) Th. I Tit. 50 § 31.

[6] Die Mot. z. Entw. d. K.O. v. 1855 S. 18 thun sich auf diese Enthaltsamkeit etwas zu gut.

[7] Z. B. von C. F. Koch, Konkursordnung mit Kommentar in der 3. Ausg. der Pr.O. (1855) Anm. 19 zu § 4 und das Recht der Forderungen nach gem. u. preufs. Recht (2. 1858) S. 654 ff.

[8] Die Verf. der Motive z. Entw. d. K.O. f. d. D.R. S. 15 sprechen sich gegen die Annahme eines Pfandrechts aus. Die Widerlegung der dort angeführten Bedenken s. bei L. Seuffert a. a. O. S. 177 ff; übrigens habe ich bei diesen Ausführungen das Wesen der Gläubigergemeinschaft noch nicht klar erkannt. Die Kommentare zur K.O. schlossen sich durchweg der das Pfandrecht ablehnenden Ansicht der Verfasser der Motive an; ebenso Endemann, Zeitschr. f. d. C.Pr. XII S. 517 und Lehrb. S. 413, Oetker, Ztschr. f. d. C.Pr. XIV S. 5 ff. Für das Pfandrecht haben sich ausgesprochen: J. Kohler, Kr.V.J.Schr. Bd. XXII S. 383 N.*, D.L.Z. 1886 Nr. 20 Sp. 1072, Lehrb. S. 99 f., Leitf. S. 19 (in den beiden letzten Schriften spricht Kohler von einem pfandrechtartigen Beschlagsrecht), v. Bar, d. deutsche C.Pr.R. (in v. Holtzendorffs Encyklopädie) S. 81, Hellmann, Lehrb. des d. C.Pr. S. 967, v. Canstein, Ztschr. f. Pr. u. ö. R. IX S. 461 f., Krückmann, Arch. f. bürgerl. R. VIII S. 142.

deren Herausgabe zur Konkursmasse nötigenfalls mit gerichtlicher Hülfe zu erzwingen. Er kann Forderungen und andere Rechte, die zur Masse gehören, gegen die Verpflichteten zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger geltend machen. Das sind lauter Befugnisse, die den Befugnissen eines Pfandgläubigers und dem Wesen der Sachhaftung entsprechen.

Dem Rechte des Pfandgläubigers entspricht auch die Begrenzung der Macht des Konkursverwalters, über die Masse zu verfügen. Wie jenes Recht seine Schranke hat in dem Zwecke des Pfandrechts, d. i. in der Befriedigung der Forderung, so ist das Verfügungsrecht des Verwalters auf diejenigen Rechtshandlungen beschränkt, welche dem Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger dienen. Der Pfandgläubiger kann die verpfändete Sache nicht verschenken, die verpfändete Forderung nicht erlassen. So kann auch der Konkursverwalter über die zur Masse gehörigen Gegenstände nicht schenkungsweise verfügen, er kann die zur Masse gehörige Forderung nicht erlassen. Das nach dem Wortlaute des § 6 unbeschränkte Verfügungsrecht ist also ebenso beschränkt, wie das Verfügungsrecht des Pfandgläubigers. Aus dieser Analogie erklärt sich auch, dafs der Konkursverwalter einen etwaigen Überschufs aus der Konkursmasse dem Gemeinschuldner abliefern mufs, wie der Pfandgläubiger die Hyperocha. Dafs der Verwalter aufser dem Verfügungsrecht auch ein Verwaltungsrecht hat, ist eine Besonderheit des Konkurspfandrechts, die sich aus der Eigenart des Entstehungsgrundes rechtfertigt[9]; in Widerspruch mit der Annahme eines Pfandrechts steht dieses Verwaltungsrecht nicht.

Aus dem Pfandrecht erklärt sich die relative Unwirksamkeit der Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens, d. i. nach der Beschlagnahme der Konkursmasse, vorgenommen hat (§ 7). Diese Handlungen sind nicht absolut unwirksam. Für und gegen den Gemeinschuldner, sowie für und gegen Dritte sind diese Handlungen wirksam; nur das durch die Beschlagnahme erworbene Pfandrecht der Konkursgläubiger kann durch diese Handlungen nicht beeinträchtigt werden; den Konkursgläubigern gegenüber sind sie unwirksam, so weit sie das Pfandrecht schädigen würden, weil das Pfandrecht ein absolutes Recht ist.

---

[9] Einem Pfandrechte, dessen Beendigung nur durch Verwertung (nicht durch Zahlung) zu erwarten ist, entspricht es, dafs die Verwaltung dem Schuldner entzogen wird.

Im Dienste des Pfandrechts steht der Anspruch der Konkursgläubiger auf Verwirklichung dieses Rechts durch das Konkursverfahren. Dieser Anspruch ist ein Rechtsschutzanspruch. Er ist kein Privat-, sondern ein öffentliches Recht; denn wie jeder Rechtsschutzanspruch richtet er sich gegen die zur Gewährung des Rechtsschutzes berufenen Organe des Staates. Ein solcher Rechtsschutzanspruch läfst sich allerdings auch ohne die Subkonstruktion des Pfandrechts denken[10]; aber aus dem Rechtsschutzanspruch allein lassen sich die Befugnisse nicht erklären, die dem Konkursverwalter gegen Dritte zustehen.

Das durch die Beschlagnahme der Konkursmasse entstehende Pfandrecht steht den Konkursgläubigern zu. Aber sie haben dieses Recht nicht als einzelne. Vielmehr entsteht zufolge der Konkurseröffnung eine aus sämtlichen Konkursgläubigern gebildete Gemeinschaft zur gesamten Hand, die Gläubigerschaft. Diese Gläubigerschaft ist keine Körperschaft, also keine juristische Person, sondern ein Personenverband, zu dem die Konkursgläubiger als Inhaber jenes Pfandrechts vereinigt sind. An dieser Gemeinschaft sind die einzelnen Konkursgläubiger nach dem Verhältnis ihrer Forderungen unter Berücksichtigung der Vorrechte beteiligt. Diese Anteilsrechte ergreifen nur das Gemeinschaftsvermögen als Ganzes. Das Anteilsrecht ist mit der Forderung gegen den Gemeinschuldner veräufserlich, kann aber nicht ohne dieses übertragen werden. Beteiligt sich ein Konkursgläubiger nicht am Konkursverfahren, so fällt sein Anteil am Pfandrechte den anderen Konkursgläubigern zu.

Die Gläubigerschaft ist als solche rechtsfähig. Sie hat Rechte und Pflichten, die keinem der verbundenen Gemeinschafter für sich zustehen. Vermöge ihrer Rechtsfähigkeit ist sie auch parteifähig im Prozesse. Das Gesamtrecht kann nur von der Gesamtheit gegen Dritte, die Gesamtpflicht von Dritten nur gegen die Gesamtheit geltend gemacht werden. Der einzelne Konkursgläubiger kann

---

[10] Auf der einseitigen Betonung dieses Rechtsschutzanspruchs dürfte die sog. publizistische Theorie beruhen, die ein Privatrecht der Gläubiger an der Konkursmasse nicht anerkannt, sondern dem Gerichte den Besitz, das Verwaltungs- und das Verfügungsrecht an der Konkursmasse zuschreibt, wobei der Konkursverwalter als Gerichtsorgan fungiert. Vertreter dieser Theorie sind Schenk, Ztschr. f. C.R. u. Pr. XIII S. 67 bes. S. 91, C. Fuchs, Concursverfahren (1863) S. 44 ff., der übrigens S. 53 den Curator doch wieder als Vertreter des Cridars bezeichnet. — Auch Oetker, Grundbegriffe I, dürfte dieser Theorie nicht ferne stehen.

der Gläubigerschaft als Berechtigter und als Verpflichteter gegenüberstehen, was sich insbesondere bei den Masseschulden zeigt.

Die Gläubigerschaft ist als solche handlungsfähig. Sie kann im Bereiche der Gemeinschaft ihren Gemeinschaftswillen bilden. Dieser Gemeinschaftswille kommt in den Beschlüssen der Generalversammlung zur Erscheinung. Die Gläubigerschaft handelt durch ihre Organe, das sind die Gläubigerversammlung, der Gläubigerausschufs und der Konkursverwalter. Jedem dieser Organe ist durch das Gesetz ein gewisser Kreis von Handlungen zugewiesen, für die es zuständig ist. Die von einem dieser Organe innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Handlungen sind Handlungen der Gemeinschaft. Daher sind diese Handlungen wirksam für und gegen die Gemeinschaft und, da diese Gemeinschaft kein von den Gemeinschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist, auch für und gegen die einzelnen Gläubiger, so dafs diese im Bereiche der Gemeinschaft unmittelbar berechtigt, rechtsverlustig oder verpflichtet werden.

Die Gläubigergemeinschaft endigt mit der Beendigung des Konkursverfahrens. Nur wenn und soweit nach der formellen Beendigung des Konkursverfahrens noch gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist, was insbesondere nach Aufhebung des Konkurses auf Grund von Schlufsverteilung vorkommen kann, bleibt die Gläubigerschaft auch nach der formellen Beendigung des Konkurses noch bestehen und behält daher in diesem Fall auch noch ihre Organisation[11].

---

[11] Dafs die Konkursgläubiger durch die Konkurseröffnung zu einem Personenverbande vereinigt werden, war in der Doktrin des früheren gem. Rechts allgemein anerkannt. Man sprach von einem corpus creditorum. Vgl. z. B.: Fuchs, Concursverfahren S. 44, Bayer, Theorie des Concursprozesses § 29. Auch in den Partikulargesetzen wird dieser Verband der Gläubigerschaft vielfach erwähnt, so noch im Corp. iur. Frid. IV, 12 § 16, in der preufs. K.O. v. 1855 § 4 Abs. 2 und in der bayer. Pr.O. v. 1869 Art. 1208, 1218, 1220, 1223 bis 1226, 1230, 1234. Über die Natur dieses Personenverbandes bestanden verschiedene Meinungen. Man hielt ihn entweder für eine juristische Person oder für eine Art von „communio"; vgl. Bayer a. a. O. S. 83 f. Die Kategorie der Gemeinschaft zur gesamten Hand wurde von den älteren Schriftstellern nicht in Betracht gezogen. Die Verfasser des Entw. e. K.O. f. d. D.R. haben richtig erkannt, dafs die Annahme einer juristischen Person auf Irrtum beruhe; aber auch ihnen scheint der Begriff der Personengemeinschaft zur gesamten Hand nicht geläufig gewesen zu sein; denn sie haben aus der Negation der juristischen Persönlichkeit der Gläubigerschaft die falsche Folgerung gezogen, dafs die Gläubigerschaft überhaupt keine Einheit bilde, obwohl sie sich der Erkenntnis nicht verschlossen, dafs die Gläubigerschaft in gewissen Beziehungen als Gesamtheit auftrete (vgl. Mot. S. 17). Ich

§ 26.

II. Die Organisation der Gläubigerschaft.

Die Gläubigerschaft hat kraft des Gesetzes zwei Organe, den Konkursverwalter und die Gläubigerversammlung. Fakultativ kann noch ein Gläubigerausschufs hinzutreten.

Der Konkursverwalter vertritt die Gläubigerschaft nach aufsen. Die Gläubigerversammlung beschliefst über die inneren Angelegenheiten der Gemeinschaft und über den Zwangsvergleich.

Der Verwalter ist das dienende, die Gläubigerversammlung das herrschende Organ der Gemeinschaft. Der Verwalter und der Glaubigerausschufs haben sich nach den Beschlüssen der Versammlung zu richten. Die Bindung des Verwalters an die Beschlüsse der Versammlung ist jedoch nur für das innere Verhältnis zur Gläubigerschaft bedeutsam. Einem Dritten gegenüber sind Rechtshandlungen, die der Verwalter innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises vornimmt, wirksam, auch wenn er die nach dem Gesetze erforderliche Genehmigung der Versammlung nicht eingeholt hat oder wenn er einem Beschlusse der Versammlung entgegen handelt. Das ist in § 136 für die dort bezeichneten Rechtshandlungen ausdrücklich ausgesprochen, mufs aber auch für alle anderen Rechtshandlungen gelten. Die Gläubigerschaft ist auch für den Schaden verantwortlich, den der Verwalter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

---

selbst habe in meiner Schrift z. Dogm. u. Gesch. des d. Konkursrechts die juristische Persönlichkeit der Gläubigerschaft bekämpft, andererseits aber das Wesen der Gemeinschaft nicht erkannt. Erst später habe ich mich zu der richtigen Auffassung durchgerungen. Diese wird geteilt von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht in Theorie u. Praxis S. 920 Zus. zu S. 361, Deutsches Pr.R. I S. 674, 677 N. 68, S. 688 N. 123; Kohler, Lehrb. S. 370 ff., Leitf. S. 100 ff. und Arch. f. civ. Pr. LXXXI S. 341 ff.; v. Canstein, Ztschr. f. Pr. u. ö. R. IX S. 466 ff.; Felix Wach, Zwangsvergleich S. 78; M. Huber, die Gemeinderschaften der Schweiz (1897), 54. Heft von Gierkes Unters. z. Staats- u. Rechtsgesch. S. 63 f.; vgl. a. A. Wach, Handb. I S. 590. — Die Gläubigerschaft findet sich als union de créanciers im franz. Konkursrecht und zwar haben nach der ursprünglichen Fassung des C. d. comm. art. 527 die Gläubiger einen contrat d'union zu schliefsen, während nach art. 529 in der Fassung des Gesetzes v. 1838 die union von selbst eintritt: „les créanciers seront de plein droit en état d'union". — Vgl. a. die österr. K.O. §§ 1, 4, 6, 7, 10, 67, 76, 144.

1. Der Konkursverwalter[1].

Der Konkursverwalter wird vom Konkursgerichte ernannt (§ 78 Abs. 1) und zwar bei der Eröffnung des Verfahrens (§ 110 Abs. 1). Zugleich bestimmt das Gericht einen Termin (nicht über einen Monat hinaus) zur Beschlufsfassung der Gläubigerversammlung über die Wahl eines anderen Verwalters (§ 110). Wählt die Versammlung einen anderen, so hat das Gericht zu entscheiden, ob es ihn zum Verwalter ernennen will oder nicht (§ 80). Die Wahl ist ein Vorschlag, über den vom Gericht entschieden werden mufs.

Die Berufung einer Gläubigerversammlung zur Wahl eines anderen Verwalters ist nötig, so oft ein neuer Verwalter vom Gerichte ernannt worden ist.

Mehrere Konkursverwalter können ernannt werden, wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfafst. Das Gericht hat darüber zu befinden, ob mehrere nötig sind. Jeder von mehreren Verwaltern ist in dem ihm vom Gerichte zugewiesenen Geschäftskreise selbständig; solidarisches Handeln kann nicht angeordnet werden (§ 79). Differenzen über die Zugehörigkeit zu diesem

[1] Über die Stellung des Konkursverwalters besteht Meinungsverschiedenheit. In der älteren gemeinrechtlichen Litteratur ist die Ansicht, dafs der Verwalter (curator) Vertreter der Gläubigerschaft oder doch der Konkursgläubiger sei, vorherrschend. Vgl. z. B. Dabelow S. 579 f., Danz, summ. Prozesse § 170 f., Kori § 82, Martin, Lehrb. § 330, Linde, Lehrb. § 440, Bayer § 41, Schmid III § 212. Abw. Fuchs, Conc.Verf. S. 53, der den Kurator als Vertreter des Kridars betrachtet. Salgado de Samoza Pars I c. 13 Nr. 11, 12 scheint den Kurator als gerichtliches Organ zu betrachten. In der neueren Litteratur wird der Verwalter von den S. 156 N. 11 erwähnten Schriftstellern, die eine Gläubigergemeinschaft annehmen, als Organ dieser Gemeinschaft behandelt, während die grofse Mehrzahl der Schriftsteller ihn als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet. Eine Übersicht der Litteratur s. bei v. Wilmowski (5) S. 26 f. Die Mot. z. Entw. e. G.Sch.O. S. 16, 186 bezeichnen den Verwalter direkt als Vertreter des Gemeinschuldners. Nach den Mot. z. Entw. d. K.O. S. 16 soll die Wissenschaft entscheiden, welche Theorie die richtige ist. Die Verf. der Mot. scheinen sich aber auf die Seite der Mot. z. Entw. e. G.Sch.O. zu neigen. Das R.G. schwankt. In Entsch. VI S. 408, J.W. v. 1887 S. 41, v. 1891 S. 11 wird der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners bezeichnet; in den Entsch. VIII S. 413, XIV S. 408 wird diese Stellung verneint; in Entsch. XVIII S. 394 u. Beitr. z. E. d. d. R. XXXV S. 1166 wird er als Vertreter der Gläubiger behandelt. Nach Entsch. XXIX S. 36 ist der Verwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ (wessen?) für die Durchführung des Konkurses, der seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar dem Gesetze entnimmt. Vgl. a. Entsch. XXXVIII Nr. 98 S. 379, XXXV Nr. 9 S. 31.

oder jenem Geschäftskreise entscheidet das Konkursgericht. Ein Übergriff in den Geschäftskreis eines anderen Verwalters ist für die Gläubigerschaft unwirksam als Handlung eines Nichtverwalters; der andere Verwalter kann aber die Handlung genehmigen.

Ein Specialverwalter ist vom Konkursgerichte zu ernennen, wenn der Verwalter verhindert oder ungeeignet ist, in speciellen Geschäften für die Gläubigerschaft zu handeln. Verhindert ist der Verwalter, wenn er selbst als Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigter, als Konkurs- oder Massegläubiger beteiligt ist, oder wenn er eine zur Masse gehörende Sache besitzt oder wenn er Schuldner der Konkursmasse ist (immer vorausgesetzt, dafs sich Differenzen ergeben); denn er kann die Gläubigerschaft nicht sich selbst gegenüber vertreten (arg. § 181 B.G.B.). Ungeeignet ist z. B. der Verwalter, wenn sein Ehegatte in der angegebenen Weise beteiligt ist. Auch vorübergehende thatsächliche Verhinderung des Verwalters kann die Ernennung eines Specialverwalters veranlassen. Der Specialverwalter wird vom Konkursgericht ernannt, ohne dafs der Gläubigerversammlung Gelegenheit zur Wahl eines anderen gewährt wird. Er hat bezüglich der ihm übertragenen Geschäfte die Rechte und die Pflichten eines Konkursverwalters.

Zum Verwalter kann jede prozefsfähige Person mit Ausnahme des Gemeinschuldners ernannt werden; dieser nicht, weil niemand die Zwangsvollstreckung gegen sich selbst betreiben kann. Die Ernennung eines Unfähigen ist ungültig; seine Handlungen kommen nicht als Handlungen eines Konkursverwalters in Betracht, können aber von dem nachträglich ernannten Verwalter genehmigt werden.

Zum Verwalter soll nicht ernannt werden, wem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind (Str.G.B § 34 Nr. 6 i. d. F. d. Art. 34 Nr. I E.G. z. B.G.B.). Würde ein solcher ernannt werden, so ist er Verwalter und kann als solcher handeln[2].

Die Ernennung eines Verwalters, wegen dessen persönlicher Beteiligung ein Specialvertreter nötig wird (s. o.), ist unzweckmäfsig, aber nicht unzulässig. Dagegen kann zum Specialvertreter nicht die Person ernannt werden, der dieser Vertreter gegenüber gestellt werden soll[3].

Gegen die Ernennung sowie gegen den Beschlufs, der die Ernennung des von der Gläubigerversammlung Gewählten ablehnt,

---

[2] Obgleich das St.G.B. von Unfähigkeit spricht! Vgl. B.G.B. § 1781 Nr. 4.

[3] Nach Analogie des § 181 B.G.B.

steht jedem Konkursgläubiger und dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu[4].

Das Gericht kann dem Verwalter die Leistung einer Sicherheit[5] auferlegen (§ 78 Abs. 2). Die Auflage kann als Bedingung der Ernennung oder nachträglich erfolgen[6]. Im zweiten Falle führt die Nichtleistung innerhalb der bestimmten Frist zur Absetzung. Anders ist die Auflage nicht erzwingbar.

Zur Übernahme einer Konkursverwaltung ist niemand verpflichtet. Das Gericht mufs sich daher mit dem zu Ernennenden ins Benehmen setzen, ehe es ihn ernennt. Wer die Ernennung angenommen hat, kann aber das Amt nicht beliebig niederlegen; er kann durch Ordnungsstrafen zur Fortführung angehalten werden, bis er entlassen ist.

Der Name des Verwalters, nicht auch des Specialverwalters, ist öffentlich bekannt zu machen (§ 81 Abs. 1). Der Ernannte ist aber schon Verwalter vor der Bekanntmachung. Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu seiner Legitimation zu erteilen. Bei Beendigung seines Amtes hat er die Urkunde dem Gerichte zurückzureichen (§ 81 Abs. 2)[7].

Der Verwalter steht bis zur Beendigung seines Amtes in einem publizistischen, amtsähnlichen Verhältnisse zum Konkursgerichte (§ 83) und in einem privatrechtlichen Verhältnisse zu den Konkursgläubigern und zum Gemeinschuldner.

Auf Grund jenes Verhältnisses beaufsichtigt das Konkursgericht die gesamte Thätigkeit des Verwalters. Es kann ihn durch specielle Weisungen zur Erfüllung der gesetzlichen Obliegenheiten, insbesondere auch zur Ausführung von Beschlüssen des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung, anhalten. In

---

[4] Und zwar nicht blofs aus dem Grunde der Unzulässigkeit, sondern auch wegen Unzweckmäfsigkeit.

[5] Auf die Sicherheit findet § 108 der C.Pr.O. Anwendung, wenn nicht das Gericht eine andere Art der Sicherheitsleistung für genügend erklärt. Dafs es dies kann, folgt daraus, dafs es von der Sicherheitsleistung absehen kann. Die Sicherheit haftet den Gläubigern und dem Gemeinschuldner für ihre Ansprüche aus der Geschäftsführung. Sie ist daher erst zurückzugeben, wenn die Rechnung genehmigt oder die Einwendungen erledigt sind. Auf die Rückgabe findet § 109 C.Pr.O. entsprechende Anwendung. Für die Ordnungsstrafen haftet die Sicherheit nicht; denn sie ist nicht dem Fiskus geleistet.

[6] Vgl. Mot. S. 305.

[7] Die Vorschriften der §§ 171 bis 173 B.G.B. finden keine entsprechende Anwendung.

die Verwaltungsthätigkeit darf jedoch das Gericht nur insoweit eingreifen, als Pflichtwidrigkeiten in Frage kommen oder ein Eingriff ausdrücklich gestattet ist (vgl. die §§ 99, 135 Abs. 2, 160, 161 Abs. 2)[8]. Ungehorsam gegen zulässige Weisungen sowie überhaupt pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen kann das Gericht durch Ordnungsstrafen bis zu 200 Mark ahnden (§ 84 Abs. 1 Satz 1)[9]. Auch kann das Gericht den Verwalter wegen pflichtwidrigen Verhaltens absetzen, und zwar vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amtswegen, später aber nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses (§ 84 Abs. 1 Satz 2).

Vor der Verhängung einer Ordnungsstrafe und vor der strafweisen Entlassung ist dem Verwalter Gelegenheit zu geben, sich schriftlich oder mündlich zu rechtfertigen (§ 84 Abs. 2). Gegen den Beschluſs, der eine Ordnungsstrafe oder die Entlassung ausspricht, steht ihm die sofortige Beschwerde zu.

Auf Grund des Privatrechtsverhältnisses ist der Verwalter für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten, insbesondere der Gläubigerschaft, den einzelnen Konkursgläubigern, dem Gemeinschuldner und den Massegläubigern[10], verantwortlich (§ 82). Er hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten; fahrlässig handelt er, wenn er bei Besorgung der Geschäfte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auſser Acht läſst; die Vorschriften des § 827 B.G.B. finden Anwendung (§ 276 Abs. 1 B.G.B.). Jeder Beteiligte, der durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung oder Unterlassung des Verwalters geschädigt ist, kann Schadensersatz beanspruchen. Der Anspruch ist im ordentlichen Prozesse zu verfolgen.

Der Verwalter hat bei Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Schluſsrechnung zu legen (§ 86 Satz 1). Zur Abnahme der Rechnung ist stets ein Termin zu bestimmen, in der Regel der Schluſstermin (§ 162), bei früherer Beendigung des Amtes ein anderer Termin. Die Rechnung muſs mit Belegen versehen sein. Besteht ein Gläubigerausschuſs, so ist sie zunächst

---

[8] Vgl. die Mot. S. 306. — Da Pflichtwidrigkeit sich auch daraus ergeben kann, daſs der Verwalter unzweckmäſsige Handlungen vornimmt oder zweckmäſsige unterläſst, so ist die Grenze nicht scharf zu ziehen. — Vgl. a. R.G. 30. Mai 1892 Entsch. XXIX Nr. 23 S. 83.

[9] Die Strafe kann wiederholt verhängt werden. Umwandelung in Freiheitsstrafe ist nicht vorgesehen. Die Strafe ist eine Art von Disciplinarstrafe; sie schlieſst die Kriminalstrafe nicht aus.

[10] Vgl. Entsch. d. R.G. XXXVI Nr. 24 S. 96.

diesem mitzuteilen, damit er etwaige Bemerkungen beisetze. Die Rechnung mit den Belegen und den etwaigen Bemerkungen des Ausschusses mufs spätestens drei Tage vor dem Termin auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden (§ 86 Satz 2). Ist die Frist nicht eingehalten, so mufs der Termin auf Antrag eines Beteiligten vertagt werden. Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger, der sich bei dem Verfahren beteiligt hat, und der nachfolgende Verwalter sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben (§ 86 Satz 3). Wenn in dem Termin eine Einwendung erhoben und nicht gütlich erledigt wird, so kann derjenige, welcher sie erhoben hat, den Verwalter im ordentlichen Prozesse belangen[11]; und zwar kann er sowohl auf Leistung des Offenbarungseides klagen, wenn die Voraussetzungen des § 259 Abs. 2 B.G.B. gegeben sind, als auch auf Herausgabe desjenigen, was der Verwalter noch in Händen hat, soweit es ihm herauszugeben ist. Hat der Verwalter eine Sicherheit geleistet und wird diese infolge von Einwendungen zurückbehalten, so kann er das Verfahren nach § 109 C.Pr.O. veranlassen, aber auch auf Freigabe der Sicherheit gegen denjenigen klagen, dessen Einwendung die Freigabe der Sicherheit hindert.

Der Verwalter hat gegen die Gläubigerschaft Anspruch auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der liquidierten Auslagen und Gebühren erfolgt durch das Konkursgericht (§ 85 Abs. 1). Die Landesjustizverwaltung kann für die dem Verwalter zu gewährende Vergütung allgemeine Anordnungen treffen (§ 85 Abs. 2).

Gegen die Festsetzung der Gebühren und Auslagen durch das Konkursgericht steht dem Verwalter, dem Gemeinschuldner und jedem bei dem Verfahren beteiligten Gläubiger die sofortige Beschwerde zu[12]. Auslagen und Gebühren sind Massekosten (§ 58 Nr. 2).

Der zum Konkursverwalter Ernannte kann vom Konkursgerichte nicht blofs wegen pflichtwidrigen Verhaltens, sondern auch, weil er sich als ungeeignet zur Verwaltung erweist (dazu gehört auch der Fall des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte, desgleichen der Fall, dafs der Verwalter prozefsunfähig wird oder in Konkurs gerät), sowie auf sein Verlangen seines Amtes entlassen werden.

---

[11] Vgl. Mot. S. 308.

[12] Und zwar nicht blofs wegen der Auslagen, wie Oetker, Grundbegr. I I S. 104 N. 1 annimmt, sondern auch wegen der Gebühren; denn auch das Ermessen unterliegt der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht.

Auch auf eine solche Entlassung finden die Vorschriften des § 84 Abs. 1 Satz 2 Anwendung.

Abgesehen von der Entlassung endigt das Amt des Verwalters mit der Beendigung des Konkurses, sofern nicht der Verwalter zur Erledigung von Geschäften, die nach der Beendigung des Verfahrens zu besorgen sind, insbesondere zur Erledigung anhängiger Prozesse oder zu Nachtragsverteilungen in Funktion bleibt.

Mit der Beendigung des Amtes erlischt nicht nur die Amtsthätigkeit, sondern auch die Amtspflicht des Verwalters; er kann also nicht mehr wegen einer früheren Pflichtwidrigkeit mit Ordnungsstrafe belegt werden. Dagegen dauern die aus der Verwalterthätigkeit entstandenen privatrechtlichen Ansprüche fort.

2. Der Gläubigerausschuſs[18].

Zwischen die Gläubigerversammlung und den Verwalter kann (fakultativ) als weiteres Organ der Gläubiger ein Gläubigerausschuſs zur Unterstützung und Überwachung des Verwalters eingeschaltet werden. Nur im Konkurs über das Vermögen einer Genossenschaft ist die Bestellung eines Gläubigerausschusses geboten (§ 103 Gen.Ges. Red. v. 1898).

Der Ausschuſs muſs aus mehreren Personen bestehen, (arg. § 90); ungerade Anzahl ist üblich, aber nicht notwendig.

Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Konkursgericht die Bestellung eines Ausschusses beschlieſsen, die Mitgliederzahl bestimmen und die Mitglieder wählen. Die Auswahl beschränkt sich auf die dem Gerichte bekannten prozeſsfähigen Konkursgläubiger und deren Vertreter (§ 87 Abs. 1). Daſs der Konkursgläubiger die Anmeldung seiner Forderung schon vollzogen habe, ist nicht nötig[14]. Stellt sich heraus, daſs der Gewählte kein Gläubiger ist, so ist seine Ernennung zurückzunehmen. Gegen

---

[18] Der Gläubigerausschuſs war auch dem früheren gem. Rechte bekannt. Vgl. Schweppe § 95, Bayer § 41 N. 21, Fuchs, Conc.Verf. S. 41 N. 1. Seine Entstehung beruht auf Gerichtspraxis. In der preuſs. K.O. §§ 212 ff. hieſs er Verwaltungsrat und hatte nur beschränkte Funktionen. Vgl. a. bayr. Pr.O. v. 1869 Art. 1280 Abs. 2 Nr. 2, 1282 bis 1285, 1288. Daſs der Gläubigerausschuſs ein Organ der Gläubigerschaft ist, wird in den Mot. S. 310 und deswegen allgemein anerkannt. Die Annahme eines Mandatsverhältnisses (Mot. a. a. O.) läſst die Organstellung dann wieder unberücksichtigt. — Vgl. a. R.G. 25. Jan. 1888, Entsch. XX Nr. 22 S. 110, 23. Sept. 1893 XXXI Nr. 21 S. 122.

[14] Das Gericht kann den Ausschuſs in einem Zeitpunkte bestellen, wo noch keine Liquidation möglich ist.

die Bestellung und die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses steht den Konkursgläubigern, dem Verwalter und dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu.

Der vom Gerichte bestellte Ausschufs tritt mit der ersten Gläubigerversammlung aufser Funktion.

Die erste Gläubigerversammlung mufs darüber beschliefsen, ob ein Gläubigerausschufs bestellt werden soll. Jede folgende Gläubigerversammlung kann die Bestellung eines Ausschusses beschliefsen. Wird die Bestellung beschlossen, so bestimmt die Versammlung die Mitgliederzahl und wählt die Mitglieder (§ 87 Abs. 2 Satz 1, 2). Wählbar ist jede prozefsfähige Person (§ 87 Abs. 2 Satz 2) mit Ausnahme des Verwalters und des Gemeinschuldners. Jener ist nicht wählbar, weil er sich nicht selbst überwachen kann; dieser nicht, weil er der Gläubigerschaft als exequendus gegenübersteht. Die Bestellung und die Zusammensetzung des Ausschusses unterliegt der Bestätigung des Gerichtes nicht; daher ist kein Raum für eine Beschwerde. Das Gericht hat auch kein Veto (§ 99) gegen den Beschlufs; denn es ist nichts auszuführen.

Niemand braucht die Wahl anzunehmen; aber wer sie angenommen hat, kann nicht beliebig zurücktreten, sondern mufs seine Pflichten als Mitglied erfüllen, bis seine Bestellung widerrufen wird.

Der Ausschufs als Kollegium hat folgende Rechte und Pflichten. Er ist berechtigt, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen (§ 88 Abs. 2 Satz 1). Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse wenigstens einmal im Monat durch ein Mitglied vornehmen zu lassen (§ 88 Abs. 2 Satz 2). Er hat den Geldverkehr des Verwalters zu kontrollieren (§ 137), über die Schlufsrechnung des Verwalters sich zu äufsern (§ 86 Satz 2); seine Genehmigung hat der Verwalter zu gewissen Verwaltungsgeschäften zu erholen (§§ 129, 133, 134, 137). Der Ausschufs hat die Vornahme von Verteilungen zu genehmigen (§ 150) und bei einer Abschlagsverteilung den Prozentsatz zu bestimmen (§ 159 Abs. 1). Er hat sich über den Vorschlag eines Zwangsvergleichs zu äufsern (§§ 176, 177, 179). Er ist befugt, die Entlassung des Verwalters und die Berufung einer Gläubigerversammlung zu beantragen (§§ 84 Abs. 1 Satz 2, 93 Abs. 1 Satz 2) und von dem Gemeinschuldner Auskunft zu verlangen (§ 100).

Wo der Ausschufs als solcher thätig wird, bedarf es eines Beschlusses. Zur Gültigkeit ist erforderlich die Teilnahme der

Mehrheit der Mitglieder an der Beschlufsfassung und die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 90). Im übrigen bestimmt der Ausschufs seine Geschäftsordnung, insbesondere die Art der Einberufung und der Abstimmung, selbst.

Von den Rechten und Pflichten des Ausschusses sind die Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder zu unterscheiden. Die Mitglieder haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Sie können sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen und den Bestand seiner Kasse untersuchen (§ 88 Abs. 1). Etwaiger Widerstand des Verwalters kann nur durch Einschreiten des Konkursgerichts überwunden werden (§§ 83, 84).

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind für die Erfüllung der ihnen (im Kollegium und einzeln) obliegenden Pflichten allen Beteiligten, insbesondere der Gläubigerschaft[15], den einzelnen Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner[16] verantwortlich. Sie haben Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (arg. § 276 B.G.B.). Jeder Beteiligte, der durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung oder Unterlassung eines Mitgliedes des Ausschusses geschädigt ist, kann Schadensersatz beanspruchen; der Anspruch ist im ordentlichen Prozesse zu verfolgen.

Der Gläubigerschaft gegenüber haben die Mitglieder des Gläubigerausschusses Anspruch auf Ersatz angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt nach Anhörung der Gläubigerversammlung durch das Konkursgericht (§ 91 Abs. 1). Die Landesjustizverwaltung kann für die den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu gewährende Vergütung allgemeine Anordnungen treffen (§ 91 Abs. 2). Die Auslagen und die Vergütung sind Massekosten (§ 58 Nr. 2). Die Festsetzung ist anfechtbar wie die Festsetzung der Gebühren etc. des Verwalters (s. o. bei Nr. 12).

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte, die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung durch Beschlufs der Versammlung widerrufen werden (§ 92). Gründe brauchen nicht angegeben zu werden. Der vom Gericht ausgehende Widerruf kann von den Beteiligten mit sofortiger Beschwerde angefochten werden.

---

[15] Vgl. R.G.Entsch. XX Nr. 22 S. 108 ff.
[16] Vgl. R.G.Entsch. XXXI Nr. 21 S. 119 ff.

Der von der Gläubigerversammlung ausgehende Widerruf ist unanfechtbar..

Mit dem Widerruf endigen die Rechte und Pflichten des früheren Mitgliedes, unbeschadet der Fortdauer der bereits entstandenen Schuldverhältnisse.

Durch den Widerruf der Bestellung, durch Eintritt der Prozefsunfähigkeit und durch Tod kann die Zahl der Mitglieder verringert werden. Der Ausschufs fungiert fort, solange noch zwei Mitglieder vorhanden sind. Natürlich kann er ergänzt werden. Die Gläubigerversammlung kann dem Ausschusse das Recht der Kooptation für den Fall des Wegfalls eines Mitgliedes einräumen.

Durch Widerruf der Bestellung kann der ganze Gläubigerausschufs auf einmal beseitigt werden.

3. Die Gläubigerversammlung.

Die Gläubigerversammlung wird stets vom Gerichte berufen (§ 93 Abs. 1 Satz 1). Die Versammlung *mufs* in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen (§§ 86, 110, 162, 179) sowie dann berufen werden, wenn sie vom Verwalter, dem Gläubigerausschufs oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren angemeldete Forderungen nach Schätzung des Gerichts den fünften Teil der Schuldenmasse erreichen, beantragt wird (§ 93 Abs. 1 Satz 2) [17]. Aufserdem *kann* das Gericht jederzeit von Amtswegen oder auf irgend welche Anregung eine Gläubigerversammlung berufen.

Weist das Gericht einen Antrag auf Berufung der Gläubigerversammlung ab, so steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu. Gegen die Entscheidung des Konkursgerichts, wodurch die Gläubigerversammlung berufen wird, steht allen Beteiligten die sofortige Beschwerde zu. Durch die Beschwerde kann auch Ort und Zeit der Berufung sowie die Tagesordnung (§ 98) angefochten werden.

Die Berufung der Versammlung mufs öffentlich bekannt gemacht werden (§ 93 Abs. 2). Die Bekanntmachung mufs den Gegenstand, worüber beschlossen werden soll, enthalten (§ 98). Sie mufs Ort und Zeit angeben. Für den Ort ist § 219 C.Pr.O.

---

[17] Bei der Schätzung sind Forderungen eines absonderungsberechtigten Konkursgläubigers nur mit dem mutmafslichen Ausfalle, ungeprüfte und noch nicht festgestellte Forderungen mit ihrem mutmafslichen Betrage, der gleich Null sein kann, anzusetzen.

maſsgebend. Eine Ladungsfrist ist nicht vorgesehen. Das Gericht kann den Termin nach den Vorschriften der §§ 227 Abs. 2, 228 C.Pr.O. verlegen oder vertagen, sowie die Verhandlungen abbrechen und einen Termin zur Fortsetzung bestimmen. Auch die Versammlung kann die Fortsetzung der Verhandlung in einem späteren Termine beschlieſsen; die Terminsbestimmung ist Sache des Vorsitzenden. Der Termin, der aus Anlaſs einer Vertagung oder zur Fortsetzung der Verhandlungen in dem Termine der Gläubigerversammlung verkündet wurde, wird nicht bekannt gemacht, wenn kein neuer Gegenstand auf die Tagesordnung gesetzt wird (§ 93 Abs. 2 mit § 98).

Die Verhandlung der Gläubigerversammlung ist nicht öffentlich, da sie keine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (§ 170 G.V.G.) ist.

Die Verhandlung wird von dem Amtsrichter geleitet (§ 94 Abs. 1). Ihm stehen die Befugnisse zu, die dem Vorsitzenden in einer mündlichen Verhandlung zustehen (§ 136, 139 C.Pr.O., § 177 G.V.G.); er hat die sitzungspolizeilichen Befugnisse des Gerichts (§§ 178 bis 182 G.V.G.). Wegen des Protokolls vgl. § 72 K.O. verb. mit §§ 159 bis 164 C.Pr.O.

Zur Teilnahme an den Verhandlungen und Abstimmungen sind diejenigen Konkursgläubiger berechtigt, deren Forderungen festgestellt sind (§ 95 Abs. 1 Satz 1). Der Begriff der Feststellung ergiebt sich aus § 144 Abs. 1[18]. Die Forderung, die bei der Prüfung auf den Widerspruch des Verwalters oder eines Gläubigers stieſs, berechtigt zur Teilnahme nur, wenn ihr ein Stimmrecht durch Einigung zwischen den Parteien, d. h. zwischen dem liquidierenden Gläubiger und dem Opponenten, oder durch gerichtliche Entscheidung gewährt worden ist. Bei jener Einigung und bei dieser Entscheidung ist der Betrag zu bestimmen, zu dem das Stimmrecht zusteht (§ 95 Abs. 1 Satz 1, 2). Das auf solche Weise gewährte Stimmrecht bleibt dem Gläubiger auch für die folgenden Gläubigerversammlungen. Beruht es auf einer Entscheidung des Konkursgerichts, so kann es auf weiteren Antrag einer Partei (s. o.) durch neue Entscheidung des Gerichts entzogen oder anderweit bemessen werden (§ 95 Abs. 1 Satz 3)[19]. Wird die Forderung nachträglich

[18] Widerspruch gegen ein angemeldetes Vorrecht kommt hier nicht in Betracht, da unbevorrechtigte Forderungen ebenso zum Stimmen berechtigen, wie bevorrechtigte.

[19] Formular für die Stimmliste s. Weizsäcker (Vierhaus), Formularbuch Nr. 189/190.

festgestellt, so ist der Gläubiger natürlich mit dem festgestellten Betrage stimmberechtigt. Wird die Forderung oder deren Eigenschaft als Konkursforderung rechtskräftig aberkannt, so hört das früher gewährte Stimmrecht auf. Ebenso, wenn die Anmeldung zum Konkurse zurückgenommen wird.

Forderungen, die angemeldet, aber noch nicht geprüft sind[20], berechtigen mit ihrem vollen Betrage zum Stimmen, solange nicht in einer Gläubigerversammlung von einem konkurrierenden Gläubiger oder vom Verwalter widersprochen wird. Wird widersprochen, so entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen, ob und zu welchem Betrage dem Gläubiger ein Stimmrecht zu gewähren ist (§ 95 Abs. 2). Diese Entscheidung gewährt kein bleibendes Stimmrecht[21]. In jeder späteren Gläubigerversammlung tritt wieder die frühere Rechtslage ein. Der Gläubiger der ungeprüften Forderung ist stimmberechtigt, bis Widerspruch erfolgt; bei Widerspruch hat das Gericht aufs neue zu entscheiden.

Der Gläubiger einer Forderung, für die abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, ist nur in Ansehung des mutmafslichen Ausfalls stimmberechtigt. Diesen Ausfall hat er anzugeben. Wird dagegen weder von einem konkurrierenden Gläubiger noch vom Verwalter in der Gläubigerversammlung Widerspruch erhoben, so ist er mit dem angegebenen Ausfallsbetrage in dieser Versammlung stimmberechtigt. Im Falle des Widerspruchs entscheidet das Gericht, ob und zu welchem Betrage ein Stimmrecht zu gewähren ist (§ 96 Abs. 1). Auch diese Entscheidung gilt nur für die einzelne Versammlung.

Ebenso verhält es sich mit einer Forderung unter aufschiebender Bedingung. Der Gläubiger ist mit dem angemeldeten Betrage stimmberechtigt, bis in der Versammlung Widerspruch erhoben wird. Im Falle des Widerspruchs entscheidet das Gericht (§ 96 Abs. 1).

Die besonderen Bestimmungen über das Stimmrecht für Forderungen mit Absonderungsrecht und für bedingte Forderungen sind

---

[20] Forderungen, die noch nicht angemeldet sind, können kein Stimmrecht haben, weil die Anmeldung die Form ist, in der die Absicht, sich am Verfahren zu beteiligen, erklärt werden mufs. Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 519. Abw. v. Wilmowski § 87 N. 5. Dessen Einwand, dafs sonst in vielen Fällen keine Stimmberechtigten vorhanden wären, ist nicht durchschlagend, da die Anmeldung nach der Eröffnung des Konkurses stets möglich ist.

[21] Vgl. Mot. S. 307.

anwendbar, mag die Forderung geprüft oder nicht geprüft, festgestellt oder nicht festgestellt sein.

Alle Entscheidungen über das Stimmrecht und dessen Umfang sind unanfechtbar (§ 95 Abs. 3, § 96 Abs. 2).

Bei der Beschlufsfassung werden nur die Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen stimmberechtigten Gläubiger gezählt (§ 97 Satz 1). Ein Gläubiger kann sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. In Ansehung der Vollmacht finden die Vorschriften der §§ 80, 81, 83 Abs. 2, 84 bis 86, 87 Abs. 2, 88 Abs. 2, 89 C.Pr.O.[22] entsprechende Anwendung.

Zum Zustandekommen eines Beschlusses der Gläubigerversammlung ist der Regel nach die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich und genügend (§ 94 Abs. 2 Satz 1)[23]. Relative Mehrheit genügt für die Wahl der Mitglieder eines Gläubigerausschusses (§ 94 Abs. 2 Satz 2), nicht für sonstige Wahlen. Eine qualifizierte Mehrheit ist zur Annahme eines Zwangsvergleichs erforderlich (§ 182). Die Mehrheit wird nicht nach den Köpfen, sondern immer nach den Forderungsbeträgen berechnet (§ 94 Abs. 3 Satz 1). Dabei kommen auch die Nebenforderungen in Betracht. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger (§ 94 Abs. 3 Satz 2), wobei ein Vertreter mehrerer Gläubiger mehrfach, ein Gläubiger mit mehreren Forderungen aber nur einfach zu zählen ist.

Die nicht erschienenen Gläubiger sind ebenso wie die überstimmten und diejenigen, welche sich bei der Abstimmung nicht beteiligten, an die Beschlüsse gebunden (§ 97 Satz 2).

Beschliefsen kann eine Gläubigerversammlung nur über solche Gegenstände, die durch öffentliche Bekanntmachung vor dem Termin auf die Tagesordnung gesetzt wurden (§ 98)[24]; über einen anderen

---

[22] Die entsprechende Anwendung des § 89 C.Pr.O. ergiebt, dafs jemand als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Vollmachtsnachweis gegen oder ohne Sicherheitsleistung zur Abstimmung zugelassen werden kann, dafs ihm eine Frist zur Beibringung der Genehmigung zu setzen ist, dafs die Abstimmung nicht gilt, wenn er die Genehmigung nicht beibringt, dafs aber mündliche Vollmachtserteilung oder stillschweigende Genehmigung zur Gültigkeit genügt.

[23] Über die Berechnung der Mehrheit bei Abstimmungen über Summen vgl. v. Wilmowski § 86 N. 3. Die entsprechende Anwendung des G.V.G. § 198 Abs. 2 ist nicht überall möglich.

[24] Die Bekanntmachung kann bei der Berufung der Versammlung oder zusätzlich zu der Berufung erfolgen. Die zweite Bekanntmachung mufs als Erneuerung der Berufung angesehen werden.

Gegenstand selbst dann nicht, wenn von keiner Seite widersprochen wird, wegen der nicht erschienenen Gläubiger.

Gewisse Gegenstände, worüber die Gläubiger zu beschliefsen haben, werden im Gesetz ausdrücklich erwähnt. So die Wahl eines anderen Verwalters (§ 80), der Antrag auf Absetzung des Verwalters (§ 84), die Bestellung und Wahl des Gläubigerausschusses (§ 87), die Begutachtung der Auslagen und Gebühren der Mitglieder des Ausschusses (§ 91), der Widerruf der Bestellung zum Mitgliede des Ausschusses (§ 92), die Bewilligung einer Unterstützung an den Gemeinschuldner, die Schliefsung oder die Fortführung des Geschäfts, die Bestimmung der Stelle, bei der, sowie die Bedingungen, unter denen die Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen (§ 132 Abs. 1), die Art und Weise und die Zeiträume für die Berichterstattung des Verwalters und dessen Rechnungslegung (§ 132 Abs. 2), die Genehmigung der in § 134 bezeichneten Rechtshandlungen des Verwalters, die Beseitigung der in § 137 getroffenen Bestimmung über Quittungen des Verwalters, die Verfügung über die nicht verwertbaren Vermögensstücke (§ 162) und der Vergleichsvorschlag (§ 182). Damit ist aber der Kreis der Gegenstände, worüber die Gläubigerversammlung beschliefsen kann, nicht erschöpft. Vielmehr kann jede interne Angelegenheit der Gläubigerschaft, die nicht der Entscheidung des Konkursgerichts vorbehalten ist, Gegenstand einer Beschlufsfassung sein. Insbesondere kann die Gläubigerversammlung in allen Angelegenheiten, die der Verwalter und der Gläubigerausschufs zu besorgen haben, Direktiven geben, an die der Verwalter und die Mitglieder des Ausschusses gegenüber den Gläubigern gebunden sind[25].

Die Gültigkeit eines Beschlusses der Gläubigerversammlung hängt davon ab, dafs er ordnungsmäfsig, also in einer vorschriftsmäfsig berufenen Versammlung, über einen auf der veröffentlichten Tagesordnung stehenden Gegenstand, der zur Zuständigkeit der Versammlung gehört, und unter Beobachtung der Vorschriften über die Stimmberechtigung und die Abstimmung zustande gekommen ist. Sonst ist der Beschlufs nichtig[26]. Die Nichtigkeit ist von Amtswegen zu beachten. Hat das Konkursgericht einen

---

[25] Demgemäfs kann z. B. die Versammlung darüber beschliefsen, wie sich der Verwalter in Bezug auf Aussonderungs- oder Absonderungsansprüche, auf Anfechtungsansprüche, auf Widerspruch gegen eine Liquidation, auf Einbeziehung eines Gegenstandes in die Masse etc. etc. verhalten soll.

[26] Vgl. Mot. S. 314.

nichtigen Beschluſs irrtümlich als Beschluſs protokolliert, so kann jeder Interessent beantragen, daſs der Beschluſs unausgeführt bleibe und kassiert werde. Weist das Konkursgericht den Antrag ab, so steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu.

Ein formell gültiger Beschluſs der Gläubigerversammlung kann nicht durch Beschwerde angefochten werden. Aber der Verwalter und jeder Gläubiger, der mitgestimmt hat und in der Minderheit geblieben ist, kann in der Gläubigerversammlung, die den Beschluſs faſste, bei dem Konkursgerichte beantragen, daſs es die Ausführung des Beschlusses aus dem Grund untersage, weil der Beschluſs dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspreche (§ 99)[27]. Durch einen solchen Antrag wird das Gericht genötigt, eine Entscheidung zu geben.

Widerspricht der Beschluſs dem gemeinsamen Interesse, so untersagt das Gericht die Ausführung. Eine solche Entscheidung ist, da sie den Verwalter und alle Konkursgläubiger angeht, öffentlich bekannt zu machen (arg. § 73 Abs. 3). Sie kann vom Verwalter und von jedem stimmberechtigten Gläubiger durch sofortige Beschwerde angefochten werden.

Ist das Gericht der Ansicht, daſs der Beschluſs dem gemeinsamen Interesse nicht widerspreche, so weist es den Antrag ab. Die Entscheidung ist nur dem Antragsteller zuzustellen; dieser kann die sofortige Beschwerde einlegen[28].

Besonderes gilt für den Beschluſs einer Gläubigerversammlung, wodurch ein Zwangsvergleich angenommen wird; ein solcher Beschluſs bedarf der Bestätigung des Gerichts (§ 184).

§ 27.

III. Die relative Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und der nach der Eröffnung des Konkurses erworbenen Rechte.

Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkurses vorgenommen hat, können das der Gläubigerschaft

---

[27] Der Entw. e. d. Gem.Sch.O. enthielt keine derartige Bestimmung. — § 99 bezieht sich auf alle Beschlüsse, die noch einer Ausführung bedürfen; aber auch nur auf solche. Über die jetzige Fassung vgl. K.Pr. S. 67, 70.

[28] Petersen u. Kleinfeller §§ 85 bis 91 N. IV 1 wollen auch dem Verwalter, der nicht Antragsteller ist, v. Wilmowski § 91 N. 1 will jedem

erworbene Pfandrecht nicht beeinträchtigen und sind daher gegenüber der Gläubigerschaft unwirksam (§ 7). Anderen gegenüber haben sie die gewöhnliche Wirkung[1]. Von Rechtshandlungen, die am Tage der Konkurseröffnung vorgenommen wurden, wird vermutet, dafs sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind (§ 7 Abs. 3).

Rechtshandlung ist jede Handlung, die nach der Absicht des Handelnden Rechtswirkungen haben soll und nach dem objektiven Rechte Rechtswirkungen hat[2]. Auch die Entgegennahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist Rechtshandlung in diesem Sinne.

Die Rechtshandlung eines Bevollmächtigten wird wie die Rechtshandlung des Gemeinschuldners behandelt.

Unwirksam sind nur die Rechtshandlungen, die das Pfandrecht beeinträchtigen; nicht die für den Bestand der Masse günstigen oder gleichgültigen, nicht die das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners betreffenden.

Zu den unwirksamen Rechtshandlungen kann ein gegenseitiger Vertrag gehören. Was auf Grund eines solchen Vertrags von dem anderen Teil geleistet worden und direkt oder indirekt in die Konkursmasse gelangt ist, ist als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben, wenn der Vertrag von dem Konkursverwalter als unwirksam behandelt wird (§ 7 Abs. 2).

Leistungen auf Ansprüche, die zur Konkursmasse gehören, sind an den Konkursverwalter zu bewirken. Erfolgen solche Leistungen an den Gemeinschuldner oder auf seine Anweisung an einen Dritten, so ist der Leistende gegenüber der Gläubigerschaft nicht befreit; die Annahme ist Rechtshandlung des Gemeinschuldners. Soweit jedoch das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist, tritt auch gegenüber der Gläubigerschaft Befreiung ein, denn insoweit ist das Pfandrecht nicht beeinträchtigt (§ 8 Abs. 1).

Relativ unwirksam sind auch Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wodurch die Rechtslage eines Konkursgläubigers im Verhältnisse zu den anderen Konkursgläubigern verbessert würde,

---

stimmberechtigten Gläubiger die Beschwerde geben. Dem steht entgegen, dafs das Recht, das Veto des Gerichts zu beantragen, nach § 99 mit dem Schlusse der Gläubigerversammlung präkludiert ist.

[1] Ein Anderer ist auch der einzelne bei der Rechtshandlung beteiligte Konkursgläubiger, im Gegensatze zur Gläubigerschaft.

[2] Ähnlich: Bierling, Jur. Principienlehre II S. 46 ff.

z. B. Anerkenntnis, Genehmigung, Verzicht auf Einrede etc.; denn der Anteil des einzelnen Konkursgläubigers an dem Pfandrecht der Gläubigerschaft bemifst sich nach der Forderung, wie sie z. Z. der Eröffnung des Konkurses besteht.

Die relative Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners hängt im allgemeinen nicht davon ab, dafs dem anderen Teile die Eröffnung des Konkurses bekannt war. Insbesondere kann sich der Erwerber einer beweglichen Sache nicht auf seinen guten Glauben, d. i. auf die Unkenntnis der Konkurseröffnung, berufen (§ 7); die Vorschriften des B.G.B. §§ 932 bis 934, 935 Abs. 2, 1207, 1208 und des H.G.B. § 366 finden keine Anwendung[3].

Dagegen kann derjenige, welcher nach der Konkurseröffnung ein Recht an einem Grundstück[4] oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner erworben hat, sich auf die Vorschriften der §§ 892, 893 B.G.B. berufen (§ 7 Abs. 1 Halbsatz 2). Sein Erwerb ist also auch der Gläubigerschaft gegenüber wirksam, es sei denn, dafs die Konkurseröffnung aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt war. Ist zu dem Erwerbe des Rechts die Eintragung erforderlich (§ 873 Abs. 1 B.G.B.), so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung, oder wenn die nach § 873 B.G.B. erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung mafsgebend (B.G.B. § 892 Abs. 2). Ebenso kann derjenige, welcher an den Gemeinschuldner, für den ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechts nach der Konkurseröffnung eine Leistung bewirkt hat, sowie derjenige, welcher mit dem Gemeinschuldner ein nicht unter die Vorschriften des § 892 B.G.B. fallendes Rechtsgeschäft in Ansehung eines für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechts vorgenommen hat, sich auf die Vorschriften des § 892 B.G.B. berufen. Diese Sätze gelten gemäfs § 1138 B.G.B. bei der Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 B.G.B. zustehenden Einreden[5].

---

[3] Vgl. Begründ. d. Novelle S. 26.

[4] Den Grundstücken stehen das Erbbaurecht (§ 1017 B.G.B.) und die in Art. 63, 68 E.G. z. B.G.B. bezeichneten Rechte gleich.

[5] Der § 1138 B.G.B. ist in § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 K.O. nicht angeführt. Er kommt gleichwohl gegenüber der Regel des § 7 Abs. 1 Halbsatz 1 zur Anwendung, weil in § 1138 auf die §§ 892, 893 verwiesen ist.

Schutz des guten Glaubens wird ferner demjenigen zu teil, welcher nach der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner geleistet hat, was er dem Verwalter zu leisten hätte[6]. Ist die Leistung ohne Kenntnis der Konkurseröffnung erfolgt, so ist der Leistende auch gegenüber der Gläubigerschaft befreit[7]. Die Beweislast ist verschieden, je nachdem die Leistung vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt ist. In jenem Falle hat der Konkursverwalter im Prozesse zu beweisen, dafs dem Leistenden zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war; in diesem Falle hat der Leistende zu beweisen, dafs ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war (§ 8 Abs. 2, 3).

Wo die Wirksamkeit einer Rechtshandlung von der Unkenntnis der Konkurseröffnung abhängt, stellt die K.O. die fahrlässige Unkenntnis nicht der Kenntnis gleich.

Wenn ein Vertreter thätig war, kommt die Kenntnis des Vertreters in Betracht; nur wenn ein Bevollmächtigter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, kann sich dieser nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen (arg. § 166 B.G.B.).

Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen (Sachen und Rechten), sowie Vorzugsrechte[8] und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung

---

[6] Vgl. die entsprechenden Vorschriften für das Pfandrecht an Rechten in § 1275 mit § 407 B.G.B.

[7] Leistet der Schuldner nicht dem Gemeinschuldner direkt, sondern auf dessen Anweisung dem Anweisungsempfänger oder seinem Nachfolger, so ist zu unterscheiden: a) Der Angewiesene hat die Anweisung vor der Konkurseröffnung angenommen; dadurch ist er dem Anweisungsempfänger zur Leistung verpflichtet (§ 784 B.G.B.); die Leistung befreit ihn auch gegenüber der Gläubigerschaft (§ 787 Abs. 1 B.G.B.). Ob die Anweisung gegenüber dem Empfänger nach den §§ 29 ff. K.O. angefochten werden kann, ist eine Frage für sich. b) Der Angewieseen hat die (vor oder nach der K.E. erteilte) Anweisung erst nach der K.E. angenommen. Da die vor der K.E. erteilte Anweisung durch die K.E. erlischt (arg. § 23 K.O.) und die nachher erteilte Anweisung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist, so ist die Annahme und folglich die Zahlung gegenüber der Gläubigerschaft unwirksam. Nur wenn der Angewiesene bei der Annahme die Eröffnung nicht kannte, liegt die Sache ebenso, wie ad a (arg. § 674 B.G.B.). c) Der Angewiesene zahlt ohne vorherige Annahme. Dann hängt die Wirksamkeit der Zahlung davon ab, ob der Angewiesene zur Zeit der Zahlung die Eröffnung kannte. — Diese Sätze finden auf Wechsel entsprechende Anwendung. Vgl. Komm.Ber. 1898 S. 8 f.

[8] Vgl. §§ 10, 162 Zw.V.G.

des Konkurses nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht (§ 15 Satz 1). Auch das folgt aus dem mit der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Pfandrecht der Konkursgläubiger; das Pfandrecht kann durch später erworbene Rechte an denselben Gegenständen nicht beeinträchtigt werden. Im übrigen ist dieser Rechtserwerb wirksam, insbesondere auch gegenüber dem Gemeinschuldner.

Die Regel erleidet eine Beschränkung (§ 15 Satz 2). Soweit zum Erwerb eines Rechts die Eintragung der Rechtsveränderung in das Grundbuch oder das Schiffsregister oder zur Aufhebung eines Rechts[9] die Löschung des Rechts im Grundbuch oder im Schiffsregister erforderlich ist, (§§ 873, 875, 1260 B.G.B.), wird die von dem Gemeinschuldner als dem Berechtigten in Gemäfsheit der §§ 873, 877, 1260 B.G.B. abgegebene Erklärung durch die Konkurseröffnung auch den Konkursgläubigern gegenüber nicht unwirksam, wenn die Erklärung für den Gemeinschuldner bindend geworden (§§ 873 Abs. 2, 1260 B.G.B) und der Antrag bei dem Grundbuchamt oder der Registerbehörde gestellt worden ist, bevor der Konkurs eröffnet war (vgl. § 878 B.G.B.). Erfolgt auf Grund eines solchen Antrags die Eintragung oder die Löschung, so ist der Erwerb auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam, obwohl er sich erst nach der Konkurseröffnung vollzogen hat[10].

Ebenso verhält es sich, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wird, zur Zeit der Stellung des Antrags (auf Eintragung oder Löschung) oder, wenn die nach §§ 873, 1260 B.G.B. erforderliche Einigung erst später zustande kommt, zur Zeit der Einigung von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte[11], vorausgesetzt, dafs die Konkurseröffnung noch nicht eingetragen war (§§ 892, 893 B.G.B.). Der gute Glaube an die Richtigkeit der Buch- oder Registereinträge hat zur Folge, dafs der Erwerb auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist[12]. In Konsequenz dessen ist anzunehmen, dafs sich ein gutgläubiger Sonder-

---

[9] Die Aufhebung eines Rechts, das dem Gemeinschuldner zusteht, ist vom Standpunkte desjenigen, welchem die Aufhebung zu gute kommt, ein Erwerb.

[10] Diese Wirksamkeit wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dafs die Konkurseröffnung bereits eingetragen war.

[11] Es ist einerlei, ob die bindende Erklärung des Gemeinschuldners vor oder nach der Konkurseröffnung erfolgte.

[12] Vgl. Begründ. d. Novelle S. 28.

rechtsnachfolger des ersten Erwerbers auf seinen guten Glauben an die Buch- oder Registereinträge berufen kann, wo der erste Erwerber dies nicht konnte, weil er von der Eröffnung des Konkurses Kenntnis hatte[13].

Ein Erwerb, der gemäfs § 8 Abs. 1 oder gemäfs § 15 Satz 2 den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist, kann anfechtbar sein, wenn die Voraussetzungen der §§ 29 ff. zutreffen (vgl. § 42).

Eine Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung (§§ 866, 867, 932 C.Pr.O.) oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung ist nach der Konkurseröffnung unzulässig (§ 15 Satz 1), auch wenn der Antrag vorher oder in Unkenntnis der Konkurseröffnung gestellt wurde. Der gute Glaube an die Richtigkeit des Hypothekenbuchs ist blofs bei dem Erwerb durch Rechtsgeschäft beachtlich[14].

Zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden (§ 883 Abs. 1 B.G.B.). Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird (§ 885 B.G.B.), oder von Amtswegen nach §§ 18 Abs. 2, 76 Abs. 1 der Grundbuchordnung.

Eine solche Vormerkung hat dingliche Wirkung. Sie ist auch gegenüber dem Erwerber des Grundstücks oder des Rechts wirksam (§ 883 Abs. 2, 3 B.G.B.); dieser ist daher verpflichtet, demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, die Eintragung oder Löschung zu bewilligen, die zur Verwirklichung seines Anspruchs erforderlich ist (§ 888 Abs. 1 B.G.B.).

Ist zur Zeit der Konkurseröffnung eine solche Vormerkung zu Lasten des Gemeinschuldners im Grundbuch eingetragen, so mufs die Gläubigerschaft die Vormerkung ebenso respektieren, wie ein anderer Erwerber eines Rechts an dem Grundstück etc.; denn die Beschlagnahme des Grundstücks für die Gläubigerschaft ist insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung ge-

---

[13] Vgl. Mot. S. 57, Wilmowski § 12 N. 7, Petersen u. Kleinfeller § 12 Bem. 3. A. M.: Endemann S. 132 N. 44, Oetker, Grundbegr. I S. 222.

[14] Vgl. Begründ. d. Novelle S. 28 f., L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. XXII S. 381 f., 486 f.

sicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (arg. § 883 Abs. 2 B.G.B.). Folglich kann derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, von dem Konkursverwalter als dem Organe der Gläubigerschaft verlangen, daſs er die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderliche Eintragung oder Löschung bewillige (§ 888 B.G.B., § 24 Satz 1 K.O.), vorausgesetzt, daſs sich der Anspruch als begründet erweist.

Wird der Anspruch vom Verwalter bestritten, so ist er im ordentlichen Verfahren zu verfolgen; die Vollstreckung geschieht nach §§ 894 bis 897 C.Pr.O.

Je nach den Umständen ergiebt sich aus dem Eintrag ein Recht, das einen Aussonderungs- oder einen Absonderungsanspruch begründet[15]. Denn obwohl dieses Recht erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, muſs es vermöge der Vormerkung behandelt werden, wie wenn es vor der Konkurseröffnung entstanden wäre.

Eine Vormerkung kann auch zu Gunsten eines Schiffspfandrechts in das Schiffsregister eingetragen werden (§ 100 Abs. 2 Fr.G. verb. mit § 18 Gr.B.O., §§ 103, 123 Fr.G.). Für eine solche Vormerkung gilt das Gleiche, wie für die Vormerkung im Grundbuche (§ 24 Satz 2).

Die vorstehenden Sätze erleiden aus Billigkeitsrücksichten[16] eine Ausnahme in dem Konkurs über einen Nachlaſs und in dem Konkurs über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Eine nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung ist der Gläubigerschaft gegenüber unwirksam (§ 221 Abs. 2, 236 Satz 1); und zwar nicht nur, wenn die Vormerkung für einen Nachlaſsgläubiger, sondern auch, wenn sie für einen persönlichen Gläubiger des Erben besteht.

§ 28.

IV. Der Einfluſs auf relative Veräuſserungsverbote.

In Ansehung eines zur Konkursmasse gehörenden Gegenstandes kann gegen den Gemeinschuldner ein gesetzliches oder ein von

---

[15] Aussonderungsanspruch: z. B. bei Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung; Absonderungsanspruch: z. B. bei Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Hypothek.

[16] Vgl. Begr. d. Novelle z. K.O. S. 49.

einer Behörde erlassenes Veräufserungsverbot bestehen, das nicht im öffentlichen Interesse erlassen ist, sondern nur den Schutz einer bestimmten Person bezweckt. Nach den Vorschriften der §§ 135, 136 B.G.B. würde ein solches Veräufserungsverbot zwar die Entstehung des Gläubigerpfandrechts durch die Beschlagnahme und die Verwertung des bestrickten Gegenstandes im Konkurse nicht absolut verhindern; aber das Pfandrecht und die kraft des Pfandrechts erfolgte Veräufserung würden gegenüber denjenigen Personen unwirksam sein, deren Schutz das Veräufserungsverbot bezweckt. Deswegen würde die Veräufserung auf Schwierigkeiten stofsen. Diese werden dadurch aus dem Wege geräumt, dafs einem derartigen Veräufserungsverbote durch die Konkurseröffnung die Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern entzogen wird (§ 13 Halbsatz 1). Der Konkursverwalter kann daher die mit solchen Veräufserungsverboten bestrickten Gegenstände mit voller Wirksamkeit veräufsern, ohne dazu der Einwilligung der Personen zu bedürfen, deren Schutz das Veräufserungsverbot bezweckt.

Als gesetzliches Veräufserungsverbot, auf das diese Vorschrift anzuwenden ist, kommt § 1445 B.G.B. in Betracht, wonach bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Mann der Einwilligung der Frau zur Verfügung über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück bedarf. Da das Gesamtgut in dem Konkurse, der über das Vermögen des Mannes eröffnet wird, zur Konkursmasse gehört (§ 2 Abs. 1), so kann der Verwalter auch ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück ohne Einwilligung der Frau veräufsern. Ebenso verhält es sich, wenn bei Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 B.G.B.) oder bei Fahrnisgemeinschaft (§ 1549 B.G.B.) der Konkurs über das Vermögen des Ehemannes eröffnet wird (§ 2 Abs. 1). Entsprechend, wenn bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (§§ 1483, 1557 B.G.B.) der Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten eröffnet wird; das Gesamtgut gehört zur Konkursmasse (§ 2 Abs. 3); der Verwalter kann die zum Gesamtgut gehörenden Grundstücke ohne Einwilligung der Abkömmlinge veräufsern, obwohl der überlebende Ehegatte dies nicht könnte.

Dagegen ist die Vorschrift des § 13 nicht anwendbar auf die in den §§ 2113 bis 2115 B.G.B. enthaltenen Veräufserungsverbote zum Schutze des Nacherben, da in § 128 K.O. dem Konkursverwalter verboten ist, die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände zu veräufsern, wenn die Veräufserung nach § 2115 B.G.B. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist.

Veräufserungsverbote der in § 135 B.G.B. bezeichneten Art können auch in Landesgesetzen enthalten sein, die auf Grund der Vorbehalte des E.G. z. B.G.B. zu Recht bestehen.

Ein gerichtliches Veräufserungsverbot zum Schutz einer bestimmten Person kann durch einstweilige Verfügung erlassen werden. Von den gerichtlichen Veräufserungsverboten wird nur dasjenige im Konkurs unwirksam, welches zum Schutz eines persönlichen Rechts gegen den Gemeinschuldner erlassen wurde. Ist das Verbot zum Schutze eines dinglichen Rechts ergangen, so kann das dingliche Recht als solches gegen jedermann und daher auch als Aussonderungsrecht gegen den Konkursverwalter geltend gemacht werden[1].

Ob und unter welchen Voraussetzungen andere Behörden solche Veräufserungsverbote erlassen können, bemifst sich nach dem Landesrecht.

Die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§ 864 C.Pr.O.) erfolgte Beschlagnahme (§§ 20 bis 23, 146, 148, 151, 162 Zw.V.G.) würde als gerichtliches Veräufserungsverbot in Betracht kommen, weil sie die Wirkung eines Veräufserungsverbots hat (§§ 23, 148, 162 Zw.V.G.). Da aber die Beschlagnahme ein Absonderungsrecht im Konkurse begründet (§ 47 K.O., § 10 Nr. 5 Zw.V.G.), so bleibt sie den Konkursgläubigern gegenüber wirksam (§ 13 Halbsatz 2).

§ 29.

V. Die Unterbrechung von Rechtsstreitigkeiten über Gegenstände der Konkursmasse.

Ein anhängiger Rechtsstreit über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand wird durch die Eröffnung des Verfahrens unterbrochen (§ 240 C.Pr.O.), weil der Gemeinschuldner wenig Interesse an dem Streite hat, dessen Ergebnis seinen Gläubigern nützt oder schadet.

Die Unterbrechung wird in verschiedener Weise beendigt, je nachdem der Rechtsstreit für oder gegen den Gemeinschuldner anhängig ist. Für ihn ist der Streit anhängig, wenn er einen Anspruch oder das Bestehen eines Rechtsverhältnisses geltend

[1] Vgl. Mot. z. Entw. I e. B.G.B. § 107 Abs. 3, Bd. I S. 215.

macht (Aktivprozefs); gegen ihn, wenn der Gegner einen Anspruch oder das Bestehen eines Rechtsverhältnisses geltend macht (Passivprozefs)[1]. Von den gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreitigkeiten betreffen das zur Konkursmasse gehörende Vermögen blofs diejenigen, in welchen ein Anspruch verfolgt wird, der sich im Konkurs als Aussonderungs- oder als Absonderungsanspruch oder als Masseanspruch[2] gestaltet. Ein persönlicher Anspruch, der nicht im Konkurse die Eigenschaft eines Masseanspruchs gewinnt, betrifft nicht das zur Konkursmasse gehörende Vermögen, sondern die Schuldenmasse.

Ein unterbrochener Aktivprozefs kann von dem Konkursverwalter in der Lage, in der er sich bei der Eröffnung des Verfahrens befindet, aufgenommen werden (§ 10 Abs. 1 Satz 1). Verzögert der Verwalter die Aufnahme, ohne sie abzulehnen, so kommen die Bestimmungen des § 239 C.Pr.O. zur entsprechenden Anwendung (§ 10 Abs. 1 Satz 2). Der Gegner kann den Verwalter zur Aufnahme und zur Verhandlung der Hauptsache laden. Ist in der Instanz noch eine Verhandlung der Hauptsache erforderlich, so ist Ladung zur Aufnahme und zur Verhandlung nötig. Anderenfalls genügt Ladung zur Aufnahme[3]. Die Ladungsfrist ist vom Vorsitzenden zu bestimmen. Nimmt der Verwalter in dem Termine das Verfahren auf, so geht der Prozefs weiter. Lehnt der Verwalter die Aufnahme ab, so ist das Verfahren gegen den Verwalter zu Ende; die Kosten des Aufnahmeverfahrens sind der Gläubigerschaft aufzuerlegen, da sie von ihrem Organe durch Verzögerung der Erklärung über Aufnahme oder Ablehnung veranlafst sind (§ 59 Nr. 1). Bestreitet der als Konkursverwalter Geladene seine Eigenschaft als solcher, so liegt ein Zwischenstreit über eine Prozefsvoraussetzung (Legitimation des gesetzlichen Vertreters) vor, auf den die Vorschriften des § 275 C.Pr.O. anzu-

---

[1] In der Regel ist der Gemeinschuldner in jenen Prozessen der Kläger, in diesen der Beklagte. Aber die Parteirolle allein ist nicht das Entscheidende. Vgl. Mot. S. 45 u. Entsch. d. R.G. XI Nr. 105 S. 400; ferner Entsch. XVI Nr. 22 S. 116: ein Feststellungsprozefs, in dem der Gemeinschuldner als opponierender Gläubiger eines anderen Konkurses verklagt wurde, ist ein Aktivprozefs.

[2] Dies ist nur bei Masseansprüchen gemäfs § 59 Nr. 2 oder § 224 Nr. 2 bis 6 möglich. Die anderen Masseansprüche können erst nach der K.E. entstehen.

[3] Über den Fall, in dem keine Verhandlung zur Hauptsache mehr nötig ist, vgl. L. Seuffert, Komm. zu § 217 (alt) C.Pr.O. Bem. Nr. 2 Abs. 2.

wenden sind. Das Urteil, durch welches die sog. prozefshindernde Einrede verworfen wird, ist Zwischenurteil, aber selbständig anfechtbar (§ 275 Abs. 2 C.Pr.O.); das Urteil, durch welches der Einrede stattgegeben wird, ist Endurteil in der Richtung gegen den Verwalter und als solches anfechtbar. Die Zulässigkeit der Ladung des Verwalters zur Aufnahme kann aber auch aus anderen Gründen bestritten werden; so z. B. weil der Streitgegenstand nicht zur Konkursmasse gehöre oder weil der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits bereits aufsergerichtlich abgelehnt habe. In solchen Fällen liegt ein gewöhnlicher Zwischenstreit vor. Die Entscheidung, welche die Ladung des Verwalters zur Aufnahme als gerechtfertigt erklärt, kann durch Zwischenurteil (§ 303 C.Pr.O.) oder in den Gründen des Endurteils erfolgen; das Zwischenurteil ist nicht selbständig anfechtbar[4]. Die gegenteilige Entscheidung ist als Endurteil in der Richtung gegen den Verwalter selbständig anfechtbar.

Erscheint der Verwalter in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die Verpflichtung des Verwalters zur Aufnahme des Rechtsstreites als zugestanden anzunehmen und zur Hauptsache zu verhandeln (§ 239 Abs. 4 C.Pr.O.), es wäre denn, dafs sich bei der von Amtswegen vorzunehmenden Prüfung der Legitimation des Geladenen ergäbe, dafs dieser nicht der Konkursverwalter ist (arg. § 56 Abs. 1 C.Pr.O.). Die Verhandlung der Sache kann zu einem Versäumnisurteile führen.

Der Konkursverwalter kann die Aufnahme des unterbrochenen Aktivprozesses ablehnen. Dazu genügt formlose Erklärung an den Prozefsgegner. Darin liegt ein Verzicht auf das Pfandrecht der Gläubigerschaft an dem Streitgegenstande[5]. Daher wird der Streitgegenstand konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners. Folglich kann der Rechtsstreit von dem Gemeinschuldner und von dem Gegner gegenüber dem Gemeinschuldner aufgenommen werden

---

[4] Vgl. Entsch. d. R.G. XXVII Nr. 90 S. 358.

[5] Vgl. Mot. S. 46. Die Erklärung des Verwalters, dafs er die Aufnahme ablehne, aber gleichwohl den Streitgegenstand zur Konkursmasse ziehen wolle, ist unwirksam, weil der Verwalter nicht das Risiko des Prozesses dem Gemeinschuldner zuschieben und das günstige Ergebnis gleichwohl für die Gläubigerschaft beanspruchen kann. A. M.: Hagens K.Pr. S. 11. Würde derartiges mit dem Gemeinschuldner vereinbart, so läge darin ein obligatorischer Vertrag, durch den der G.Sch. verspricht, einen nicht zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand eventuell in die Masse einzuwerfen. Ein solcher Vertrag ist gültig.

(§ 10 Abs. 2)[6]. Was der Gemeinschuldner erstreitet, gehört nicht zur Konkursmasse[7].

Ein unterbrochener Passivprozefs über die Konkursmasse kann sowohl von dem Konkursverwalter als von dem Gegner des Gemeinschuldners gegenüber dem Verwalter aufgenommen werden (§ 11 Abs. 1). Der Verwalter kann durch die Erklärung, dafs er den Streitgegenstand nicht zur Konkursmasse ziehe, bewirken, dafs der Prozefs nicht mehr die Masse betrifft. Durch einen solchen Verzicht wird die Möglichkeit einer Aufnahme durch und gegen den Verwalter abgeschnitten; der Prozefs kann von dem Gegner gegen den Gemeinschuldner und von diesem fortgesetzt werden. Wenn der Gegner den Prozefs gegen den Verwalter aufgenommen hat, kann dieser den Prozefs nicht mehr durch Freigabe des Streitgegenstandes aus der Masse auf den Gemeinschuldner ablenken; aber er kann dem Gegner den beanspruchten Gegenstand aus der Konkursmasse überlassen oder ihm die abgesonderte Befriedigung daraus gestatten, wodurch der Prozefs in der Hauptsache gegenstandslos wird. Auch durch gerichtliches Anerkenntnis des Anspruchs kann der Verwalter die weitere Verhandlung abschneiden, worauf der Gegner Urteil auf Grund des Anerkenntnisses (§ 307 C.Pr.O.) begehren kann.

Wird ein Aktivprozefs oder Passivprozefs über die Konkursmasse von dem Konkursverwalter oder gegen ihn aufgenommen, so tritt der Verwalter als Organ der Gläubigerschaft an Stelle des Gemeinschuldners in den Prozefs ein. Der Gemeinschuldner hört auf Partei zu sein, die Gläubigerschaft wird an seinerstatt Partei. Der Gemeinschuldner kann dem Verwalter als Nebenintervenient beitreten[8],

---

[6] Die Aufnahme ist auch dann möglich, wenn der Anspruch mit einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand in der Weise zusammenhängt, dafs er nicht ohne diesen geltend gemacht werden kann, wie z. B. der Anspruch auf eine Dienstbarkeit z. G. eines zur Masse gehörigen Hauses oder der Anspruch auf eine Hypothek für eine zur Masse gehörende Forderung; denn die Konkursmasse ist Vermögen des Gemeinschuldners. A. M.: v. Wilmowski § 8 N. 3. Mit der konkursmäfsigen Veräufserung des Hauses oder mit der Beitreibung der Forderung durch den Verwalter hört allerdings für den Gemeinschuldner die Möglichkeit auf, einen derartigen Prozefs in der Hauptsache aufzunehmen.

[7] Dies gilt selbst dann, wenn der Streitgegenstand mit einem zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand in der in der vorigen Note bezeichneten Verbindung steht. Der Konkursverwalter kann z. B. die von dem Gemeinschuldner erstrittene Servitut nicht ohne Vereinbarung mit ihm verwerten.

[8] Vgl. C. de comm. art. 443 (neuere Fassung). Anders die Mot. S. 44 f. und diejenigen, welche den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners betrachten.

und zwar ist er streitgenössischer Nebenintervenient (§ 69 C.Pr.O.), da die Entscheidung auf sein Rechtsverhältnis zu dem Gegner wirksam ist.

Die vor der Unterbrechung erfolgten Prozefshandlungen sind für und gegen die eintretende Partei wirksam, natürlich auch die Leistung und die Verweigerung von Eiden. Ist dem Gemeinschuldner ein noch nicht geleisteter oder verweigerter Eid auferlegt, so finden die Bestimmungen des § 471 Abs. 1, 3 C.Pr.O. Anwendung; denn der Gemeinschuldner ist dadurch, dafs er aufhörte, Partei zu sein, zur Eidesleistung unfähig geworden[9]. Zufolge des Eintritts in den anhängigen Prozefs haftet die Gläubigerschaft dem Gegner eventuell für den Ersatz der Prozefskosten einschliefslich der vor der Aufnahme entstandenen; nur bei sofortigem Anerkenntnisse des in einem Passivprozefs erhobenen Anspruchs fallen die Kosten der Gläubigerschaft nicht zur Last (§ 11 Abs. 2).

Die in dem aufgenommenen Prozefs ergehende Entscheidung ist bezüglich der Hauptsache (im Gegensatz zum Kostenpunkt) auch gegenüber dem Gemeinschuldner wirksam, was insbesondere für die Zeit nach Beendigung des Konkurses von praktischer Bedeutung ist. Die Wirksamkeit des Urteils gegenüber dem Gemeinschuldner, obwohl er nicht Prozefspartei ist, ergiebt sich daraus, dafs die K.O. der Gläubigerschaft die Befugnis zur Führung derartiger Prozesse an Stelle des Gemeinschuldners überträgt[10].

Ist ein von oder gegenüber dem Verwalter aufgenommener Prozefs bei Aufhebung des Konkurses wegen Zwangsvergleichs oder bei Einstellung des Verfahrens noch anhängig, so verliert die Gläubigerschaft und ihr Organ die Legitimation zur Fortsetzung des Prozesses, weil diese Legitimation auf dem (jetzt aufgehobenen) Pfandrecht an der Konkursmasse beruhte. Folglich kann der Prozefs jetzt von dem Gemeinschuldner und gegen ihn fortgesetzt werden.

---

[9] Vgl. Ztschr. f. d. C.Pr. IX S. 496, S.A. XLI Nr. 242. Ist der Gemeinschuldner als Nebenintervenient beigetreten, so kann ihm wieder der Eid auferlegt werden.

[10] Zweifellos ist die Sache übrigens nicht; denn die Rechtskraft des Urteils, das im Prozesse des Pfandgläubigers gegen einen Dritten über den Pfandgegenstand ergeht, ist im allgemeinen nicht wirksam gegenüber dem Schuldner. Aber daraus, dafs die K.O. der Gläubigerschaft den Eintritt in den Prozefs an Stelle des Gemeinschuldners gestattet und diesem für die Zeit des Konkurses die Parteistellung entzieht, dürfte sich die im Text gezogene Folgerung ergeben. A. M.: Oetker, Ztschr. f. d. C.Pr. XXV S. 40.

Die Prozefshandlungen, die in dem aufgenommenen Prozesse vorgenommen wurden, bleiben in Wirksamkeit[11].

Bei Aufhebung des Konkurses nach Schlufsverteilung wird ein von oder gegenüber dem Verwalter aufgenommener Prozefs nicht wohl noch anhängig sein; denn die Schlufsverteilung soll erst erfolgen, wenn die Verwertung der Masse beendigt ist; die Verwertung eines im Prozesse befangenen Gegenstandes aber wird zumeist unausführbar sein. Ist gleichwohl die Schlufsverteilung während der Anhängigkeit des Prozesses erfolgt, so bleibt der Verwalter zur Fortführung des Prozesses legitimiert; der erstrittene Gegenstand ist nachträglich zu verwerten und den Konkursgläubigern durch Nachtragsverteilung zuzuwenden.

Ist ein Prozefs über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand während des Konkurses nicht aufgenommen worden, so endigt die Unterbrechung mit der Beendigung des Konkursverfahrens, ohne dafs es einer Aufnahmeerklärung bedarf. Der Prozefs kann von jeder der ursprünglichen Parteien fortgesetzt werden.

Unterbrochen wird ferner durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners der Rechtsstreit über den Anfechtungsanspruch eines Konkursgläubigers gegen den Anfechtungsgegner (§ 13 Abs. 2 Anf.Ges.), weil dieser Anspruch auf die Gläubigerschaft übergeht. Näheres darüber s. in der Lehre vom Anfechtungsrechte.

§ 30.

VI. Der Einfluſs auf die Rechtsschutzansprüche der Konkursgläubiger.

Durch die Eröffnung des Konkurses entsteht für die Konkursgläubiger kein neuer Rechtsschutzanspruch. Das Recht, unter den gesetzlichen Voraussetzungen diejenige Art des Rechtsschutzes zu verlangen, welche im Konkursverfahren gewährt wird, ist schon vor der Eröffnung vorhanden; der Eröffnungsbeschlufs konstatiert blofs das Vorhandensein dieser Voraussetzungen.

Den Konkursgläubigern wird aber auch durch die Eröffnung

[11] Wegen Sicherstellung der im Streit befangenen eventuellen Kostenschuld bei Zwangsvergleich vgl. § 191 Abs. 1 Satz 2. Die Sicherheit gehört eventuell dem Gemeinschuldner, so dafs dieser also auch im Kostenpunkte die Aktiv- und die Passivlegitimation hat.

des Verfahrens kein Rechtsschutzanspruch entzogen; sie sind nicht auf die konkursmäſsige Geltendmachung ihrer Forderungen im Konkursverfahren beschränkt, sondern können ihre Forderungen in jedem anderen für die Forderung zulässigen Verfahren (ordentlicher Prozeſs, Urkunden- und Wechselprozeſs, Mahnverfahren, Verwaltungsverfahren, bei Buſsforderungen auch Strafprozeſs) gegen den Gemeinschuldner noch während des Konkurses verfolgen. Und zwar können sie gegen den Gemeinschuldner nicht bloſs auf Feststellung, sondern auch auf Leistung klagen[1], woraus sich ergiebt, daſs eine Feststellungsklage nur statthaft ist, wenn die Voraussetzungen des § 256 C.Pr.O. trotz Zulässigkeit der Leistungsklage vorhanden sind.

Nur in Bezug auf den Rechtsschutz durch Zwangsvollstreckung tritt eine Beschränkung der Konkursgläubiger auf das Konkursverfahren ein. Die Rechte, die durch die Beschlagnahme für die zur Gläubigerschaft verbundenen Konkursgläubiger an der Konkursmasse entstanden sind, können nicht mehr durch Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§§ 941, 942 Abs. 2 C.Pr.O.) zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger beeinträchtigt werden. Daher ist während des Konkurses eine andere als die konkursmäſsige Zwangsvollstreckung verboten (§§ 12, 14).

Aus Zweckmäſsigkeitsrücksichten, nämlich um dem Gemeinschuldner eine Schonzeit angedeihen zu lassen, ist den Konkursgläubigern (nicht den Gläubigern, die keine Konkursgläubiger sind!) auch der Zugriff auf das nicht zur Masse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners verwehrt (§ 14 Abs. 1).

Die beiden Verbote sind von Amtswegen zu beachten. Sollte gleichwohl während des Konkurses eine Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder die Eintragung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung in Ansehung eines zur Konkursmasse gehörenden Gegenstandes unternommen werden, so ist der Konkursverwalter berechtigt und verpflichtet, dagegen Einwendungen nach § 766 C.Pr.O. zu erheben oder Beschwerde einzulegen und die betreffenden Maſsregeln als nichtig zu bekämpfen. Wird die Vollstreckung etc. in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners versucht, so ist dieser berechtigt, sich in der angegebenen Weise dagegen zu wehren.

---

[1] Vgl. R.G. Entsch. XXIX Nr. 21 S. 73 ff., O.L.G. Hamburg S.A. XLIX Nr. 143.

Aus der Beschränkung der Konkursgläubiger auf die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung folgt nicht, dafs sie während des Konkurses gegen den Gemeinschuldner nicht auf Verurteilung klagen, sondern nur, dafs sie das Urteil während des Konkurses nicht vollstrecken können. Die Verurteilung ist nichts anderes als Feststellung der Leistungspflicht und diese besteht auch während des Konkurses[2]. Bei der Verurteilung kann ausgesprochen werden, dafs das Urteil erst nach Beendigung des Konkurses vollstreckbar ist; aber dies ist nicht notwendig[3], wird es nicht gesagt, so ist es nicht anders. Die einstweilige Unvollstreckbarkeit des Urteils hindert auch nicht, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, denn diese Erklärung bedeutet blofs, dafs das Urteil ohne Rücksicht auf Einspruch und Rechtsmittel vollstreckbar ist. Ebensowenig sind die Erlassung eines Vollstreckungsbefehls und die Beifügung der Vollstreckungsklausel während des Konkurses unzulässig; denn der Vollstreckungsbefehl und die Vollstreckungsklausel erklären die Vollstreckung blofs in abstracto für statthaft; es ist Sache der Vollstreckungsorgane, die Unzulässigkeit in concreto zu beachten[4], gleichwie sie auch das vor der Konkurseröffnung erlassene und mit der Vollstreckungsklausel versehene Urteil während des Konkurses nicht vollstrecken dürfen. Im Konkurse kann der Konkursgläubiger das nach der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner erstrittene Urteil nicht benutzen; insbesondere verschafft es ihm nicht die Stellung eines titulierten Gläubigers im Sinne des § 146 Abs. 6; denn den Konkursgläubigern gegenüber ist es unwirksam (arg. §§ 6, 7). Nach Beendigung des Konkurses kann der Gläubiger das Urteil gegen den Gemeinschuldner vollstrecken lassen.

Die angeführten Beschränkungen des Vollstreckungsrechts gelten nicht für Aussonderungsberechtigte, Absonderungsberechtigte und Massegläubiger. Dafs ein Gläubiger, der nicht Konkursgläubiger ist, keine Vollstreckung in das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreiben darf, ergiebt sich daraus, dafs dieses Vermögen ausschliefslich den Konkursgläubigern haftet. Das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen steht dem Zugriff eines solchen Gläubigers offen.

---

[2] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 202 ff.

[3] Das R.G. Entsch. XXIX S. 76 scheint das für notwendig zu halten. Zweckmäfsig ist es.

[4] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 206.

Sind den Konkursgläubigern durch die Eröffnung des Konkurses die anderen Rechtsschutzarten nicht verschränkt, so darf doch kein Konkursgläubiger den Rechtsschutz im Konkursverfahren und eine andere Rechtsschutzart zugleich in Anspruch nehmen. Die Rechtsordnung gestattet grundsätzlich nicht, zweierlei Arten von Rechtsschutz für dasselbe Recht zugleich zu beanspruchen. Diesem Gedanken entspringt die sog. Einrede der Rechtshängigkeit. Auch die Liquidation etc. einer Forderung im Konkursverfahren bewirkt eine Art von Rechtshängigkeit[5].

Wird der Gemeinschuldner während des Konkurses von einem Konkursgläubiger verklagt, der sich am Konkursverfahren beteiligt hat, so kann er die Zulässigkeit der Klage mit einer der Einrede der Rechtshängigkeit entsprechenden Verteidigung bekämpfen[6]. Nur wenn der Gemeinschuldner die Forderung im Prüfungstermine bestritten hat, kann er die Klage nicht mehr abwehren, weil das Konkursverfahren keine Handhabe bietet, um den Widerspruch des Gemeinschuldners zu überwinden (arg. § 144 Abs. 2). Meldet ein Gläubiger eine Forderung an, die er während des Konkurses gegen den Gemeinschuldner eingeklagt hat, so können der Verwalter und die konkurrierenden Gläubiger der Anmeldung entgegentreten[7].

Der Gläubiger kann in Ansehung des Rechtsschutzanspruchs variieren. Hat er seine Liquidation zurückgenommen, so kann er klagen[8]. Hat er seine Klage zurückgenommen, so kann er liquidieren[9]. Sollte es vorkommen, daſs die Unzulässigkeit der

---

[5] A. M. Oetker, Grundbegr. I S. 210, der übrigens die Unzulässigkeit gleichzeitiger Verfolgung im Konkurse und aufserhalb des Konkurses zugiebt. Vgl. R.G. Entsch. XXIX S. 74.

[6] Der Konkursgläubiger kann der Abweisung der Klage nicht dadurch vorbeugen, daſs er auf den Ausfall klagt. Abgesehen davon, daſs der Antrag nicht genügend bestimmt ist, enthält auch eine solche Klage eine nochmalige Geltendmachung desselben Rechts. Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 210.

[7] Ob das Gericht von Amtswegen die Klage oder die Liquidation deswegen zurückzuweisen hat, weil die Forderung bereits in anderer Weise geltend gemacht ist, hängt davon ab, ob man das Gericht für befugt erachtet, die Rechtshängigkeit von Amtswegen zu beachten. Darüber vgl. Bülow, Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 1 ff.

[8] Vgl. R.G. Entsch. XXIX S. 74.

[9] Dagegen behauptet Oetker, Grundbegr. I S. 208 ff., daſs durch die Klage der Konkursweg definitiv verschlossen werde. Seine aus der Analogie einer alternativen Obligation entnommenen Beweisgründe sind nicht zutreffend; die Wahl zwischen zwei Leistungen bildet kein Analogon für die Wahl zwischen zwei Rechtsschutzansprüchen.

zwiefachen Rechtsverfolgung nicht beachtet und infolgedessen die Forderung im Konkurs auch gegenüber dem (nicht widersprechenden) Gemeinschuldner festgestellt wird, während in dem anderen Verfahren eine andere Entscheidung ergeht, so würde sich die gleiche Rechtslage ergeben, wie wenn in zwei Prozessen über dieselbe Sache wegen Nichtbeachtung der Rechtshängigkeit oder der res iudicata Urteile über dieselbe Sache erlassen worden sind[10].

Damit, dafs das Konkursverfahren und ein anderes Rechtsschutzverfahren sich ausschliefsen, hängt es zusammen, dafs die anhängigen Prozesse über Forderungen von Konkursgläubigern durch die Eröffnung des Konkurses unterbrochen werden (§ 240 C.Pr.O.). Zwar ist es in diesem Zeitpunkte noch ungewifs, ob die Beteiligung des Gläubigers am Konkursverfahren und damit die Kollision der beiden Verfahren eintreten wird. Aber es ist wahrscheinlich, dafs der Konkursgläubiger liquidieren wird, und um dieser Wahrscheinlichkeit willen tritt die Unterbrechung ein[11]. Beteiligt sich der Gläubiger am Konkursverfahren, so kann er das Verfahren erst aufnehmen, wenn der Gemeinschuldner durch seinen im Prüfungstermin eingelegten Widerspruch die konkursmäfsige Feststellung gegen sich vereitelt hat (§ 144 Abs. 2)[12]. Beteiligt er sich nicht am Konkursverfahren, so kann er den Prozefs fortsetzen, gleichwie er neue Klage erheben dürfte, wenn der Prozefs noch nicht anhängig wäre. Der Gläubiger braucht nicht auf die Teilnahme im Konkurs definitiv zu verzichten, um den Prozefs fortsetzen zu können. Er kann dies vielmehr, so lange er sich nicht am Konkurse beteiligt. Spätere Beteiligung am Konkurs ergiebt für den fortgesetzten Prozefs dieselbe Situation, wie eine zweite Klagerhebung in Ansehung desselben Anspruchs, aber keine neue Unterbrechung des Verfahrens.

Der Gemeinschuldner kann den Prozefs während des Konkurses nur aufnehmen, wenn er im Prüfungstermine die Forderung be-

---

[10] Widersprechen sich Feststellung und Urteil, so kann der spätere Akt mit Restitutionsklage aus § 580 Nr. 7a C.Pr.O. angefochten werden. Ist dies nicht geschehen, so ist gegen den früheren Akt Widerspruchsklage nach § 767 C.Pr.O. möglich.

[11] Gegen den klaren Wortlaut des § 240 C.Pr.O. will Oetker, Grundbegr. I S. 126 den Eintritt der Unterbrechung davon abhängig machen, ob der Konkursgläubiger liquidiert, weil erst dann die Konkursmasse betroffen werde.

[12] Darüber, dafs das unterbrochene Verfahren gegen den widersprechenden Verwalter oder Gläubiger oder von den Opponenten gegen den Gläubiger aufgenommen werden kann, s. § 146 Abs. 3.

stritten hat. Vorher kann er dem Gläubiger die Befugnis, die konkursmäſsige Feststellung zu versuchen, nicht durch die Aufnahme des Prozesses verschränken.

Mit Beendigung des Konkurses endigt die Unterbrechung, wenn der Prozeſs nicht schon früher aufgenommen wurde.

§ 31.

VII. Der Einfluſs auf gegenseitige Verträge[1].

1. Gegenseitig (oder nach der älteren, noch in der K.O. verwendeten Ausdrucksweise: zweiseitig) ist der Vertrag, worin eine Leistung gegen eine andere versprochen wird, und zwar so, daſs eine Leistung wirtschaftliches Entgelt für die andere ist. Ob die Leistungen Zug um Zug erfolgen sollen oder die eine vor der anderen, ist für den Begriff des gegenseitigen Vertrags einerlei.

Ist ein gegenseitiger Vertrag, den der Gemeinschuldner abgeschlossen hat, vor der Konkurseröffnung von einem Teile vollständig erfüllt, so besteht nur mehr eine Forderung; diese gehört zur Konkursmasse oder sie ist Konkursforderung, je nachdem sie dem Gemeinschuldner oder dem anderen Teile zusteht. Ist der Vertrag aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch von keinem Teile vollständig erfüllt, so stehen sich zwei Forderungen gegenüber, die rechtlich und wirtschaftlich zusammenhängen; rechtlich durch ihren Ursprung aus demselben Vertrag, wirtschaftlich durch die Entgeltnatur der Leistungen.

Dieser Zusammenhang wird durch die Konkurseröffnung nicht zerstört; sonst käme das unbillige Ergebnis heraus, daſs der andere Teil die Forderung des Gemeinschuldners ganz erfüllen, sich aber in Ansehung seiner Forderung mit der Konkursrate begnügen müſste.

Daher kann der Verwalter die Forderung des Gemeinschuldners auf Erfüllung nur in der Weise geltend machen, daſs er den Vertrag auf Kosten der Masse in derselben Weise erfüllt, wie er von dem Gemeinschuldner zu erfüllen ist (§ 17 Abs. 1)[2].

---

[1] Litteratur: L. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm. etc. I S. 127 ff., Oetker, Ztschr. f. d. C.Pr. XIV S. 1 ff., Kohler, Lehrb. S. 132 ff.

[2] Also, wenn der andere Teil zur Vorleistung verpflichtet ist, erst nach der Vorleistung etc. — Ist die Erfüllung auf Kosten der Konkursmasse nicht möglich, weil dazu eine persönliche Thätigkeit des Gemeinschuldners erforderlich ist, z. B. bei einem Verlagsvertrage über ein Werk, das der Gemeinschuldner schreiben soll, so kann der Verwalter die Erfüllung nicht

Will der Verwalter die Erfüllung verlangen (ob er dies thun will, ist Sache seines pflichtmäfsigen Ermessens; wegen Genehmigung des Gläubigerausschusses vgl. §§ 133 Nr. 2 und 136), so mufs er es dem anderen Teil erklären. Auf Erfordern des anderen Teils mufs der Verwalter, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, ihm ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläfst der Verwalter die unverzügliche Erklärung, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen (§ 17 Abs. 2).

Der andere Teil kann von dem Verwalter die Erfüllung nicht verlangen, ohne dafs dieser die Erfüllung verlangt hat. Er kann auch nicht die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Teilleistung aus der Konkursmasse verlangen (§ 26 Satz 1). Aber er kann deswegen, weil der Vertrag nicht erfüllt wird, Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen, wobei natürlich vorausgesetzt wird, dafs der Vertrag auch nicht von dem Gemeinschuldner selbst aus dem konkursfreien Vermögen erfüllt worden ist. Dieser Schadensersatzanspruch geht gegen den Gemeinschuldner und ist Konkursforderung (§ 26 Satz 2), da er als eventueller Anspruch aus dem vor der Konkurseröffnung geschlossenen Vertrag entstanden ist.

Die Erklärung des Verwalters und die Aufforderung des anderen Teils zur Erklärung sind empfangsbedürftige Willenserklärungen im Sinne der §§ 130 bis 132 B.G.B. Eine Form ist nicht vorgeschrieben.

Hat der andere Teil den Anspruch auf Schadensersatz im Konkurse verfolgt, so kann er nach Beendigung des Konkurses nicht auf den ursprünglichen Anspruch zurückgreifen. Hat er den Ersatzanspruch nicht im Konkurse verfolgt, so kann er den ursprünglichen Anspruch gegen den Gemeinschuldner verfolgen. Im Falle des Zwangsvergleichs ist aber der Gemeinschuldner befugt, den anderen Teil mit der Vergleichsrate des Schadensersatzanspruchs abzufinden; denn dieser Anspruch ist als Konkursforderung durch den Vergleich reduziert, auch wenn er nicht im Konkurse verfolgt wurde.

Die Berechtigung, wegen Nichterfüllung von einem gegenseitigen Vertrage zurückzutreten (§ 361 B.G.B., § 376 H.G.B.), wird durch die Bestimmungen des § 17 nicht berührt.

---

verlangen. In diesem Fall entsteht ein Schadensersatzanspruch nicht durch Nichterfüllung von Seite des Verwalters, sondern erst durch Nichterfüllung von Seite des Gemeinschuldners.

Die Bestimmungen des § 17 kommen nicht zur Anwendung, soweit sich aus den §§ 18 bis 22 für die dort bezeichneten Verträge ein Anderes ergiebt.

2. Hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung Waren (bewegliche Sachen oder Wertpapiere), die einen Markt- oder Börsenpreis haben[3], gekauft oder verkauft[4] unter der Vereinbarung, daſs die Lieferung der Ware zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll (Fixgeschäft, vgl. § 361 B.G.B., § 376 H.G.B.), so wird das Geschäft im Verhältnisse zur Gläubigerschaft als Differenzgeschäft behandelt, wenn die Erfüllungszeit oder der Ablauf der Erfüllungsfrist erst nach der Konkurseröffnung eintritt (§ 18 Abs. 1)[5]. Der Verwalter kann von dem anderen Teil und dieser von jenem nicht die Erfüllung, sondern nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, und zwar wird der Betrag des Ersatzanspruchs (die Differenz) berechnet nach dem Unterschiede zwischen dem Kaufpreis und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher sich an dem Erfüllungsort oder an dem für diesen Ort maſsgebenden Handelsplatze am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens für die mit der bedungenen Erfüllungszeit (d. i. auf denselben Termin, z. B. Ultimo Mai) geschlossenen Geschäfte ergiebt (§ 18 Abs. 2).

Fällt die Differenz zu Gunsten des Gemeinschuldners, so ist die Forderung von dem Verwalter einzuziehen. Fällt sie zu Gunsten des anderen Teils, so ist die Forderung Konkursforderung.

Die eigenartige Behandlung dieser Geschäfte erklärt sich daraus, daſs der andere Teil Gelegenheit hat, an der Börse oder auf dem Markt ein Geschäft desselben Inhalts mit demselben Lieferungstermine mit einem Dritten zu schlieſsen. Daher kommt § 18 nicht zur Anwendung, wenn für Geschäfte mit der bedungenen Lieferungszeit an dem oben bezeichneten Tage kein Markt- oder Börsenpreis zu ermitteln ist (§ 18 Abs. 3); in diesem Falle gilt die Regel des § 17.

Was über die Rechtslage nach Beendigung des Konkurses für den Fall des § 17 gesagt wurde (s. S. 190 Abs. 4) gilt auch für die

---

[3] Vgl. §§ 385, 453, 1295 B.G.B., 373, 376 H.G.B.

[4] Die Beschränkung auf Kaufgeschäfte ergiebt sich aus dem Worte „Kaufpreis“ in § 18 Abs. 2. Die Vorschrift des § 18 paſst auch inhaltlich nur auf Kaufgeschäfte. Daſs das Geschäft ein Handelsgeschäft ist, ist nicht erforderlich. Ebensowenig, daſs die Kontrahenten Kaufleute sind.

[5] Daraus sowie aus dem Zusammenhange mit § 17 folgt, daſs vorausgesetzt wird, daſs der Vertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist.

insbesondere die Einziehung dieses Zinses, der Gläubigerschaft gegenüber nur insoweit wirksam, als sich die Verfügung auf den Miet- oder Pachtzins für das zur Zeit der Konkurseröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Soweit die Entrichtung des Miet- oder Pachtzinses der Gläubigerschaft gegenüber wirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter gegen die von der Gläubigerschaft geltend gemachte Miet- oder Pachtzinsforderung eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung aufrechnen. Das alles erklärt sich daraus, dafs die Miet- oder Pachtzinsforderung dem Gemeinschuldner gehört und nur zufolge der Beschlagnahme von der Gläubigerschaft kraft Pfandrechts geltend gemacht werden kann.

Wie der Gemeinschuldner als Vermieter oder Verpächter, so kann auch der Konkursverwalter den vermieteten oder verpachteten Gegenstand veräufsern. Die Wirkungen der Veräufserung auf das Miet- oder Pachtverhältnis bemessen sich nach dem bürgerlichen Rechte. In Ansehung der Veräufserung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks oder Raumes (vgl. § 580 B.G.B.) unterscheidet das bürgerliche Recht, ob die Veräufserung freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (vgl. §§ 571 ff. B.G.B. einerseits, § 57 Zw.V.G. andererseits). Wenn der Konkursverwalter ohne das für die Zwangsvollstreckung vorgeschriebene Verfahren — „freiwillig", im Gegensatz zu: „durch Zwangsversteigerung" — veräufsert, so wirkt die Veräufserung, da sie sachlich Zwangsvollstreckung ist, doch auf das Miet- oder Pachtverhältnis wie eine Zwangsversteigerung (§ 21 Abs. 3). Es finden die Vorschriften des § 57 Zw.V.G., indirekt also die Vorschriften der §§ 571, 572, 573 Satz 1, 574, 575 B.G.B. Anwendung. Der Erwerber ist jedoch berechtigt, das Miet- und Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (§§ 565, 595 B.G.B.) zu kündigen, aber nur für den ersten möglichen Termin. Macht der Erwerber von dieser Befugnis Gebrauch, so kann der Mieter oder Pächter Schadensersatz wegen Nichterfüllung des auf längere Zeit geschlossenen Vertrags von dem Gemeinschuldner beanspruchen; der Anspruch ist Konkursforderung (arg. § 26 Satz 2).

Wenn der Verwalter die verpachtete oder vermietete Sache nicht zur Konkursmasse zieht, etwa weil sie wegen der Belastung mit Hypotheken für die Gläubigerschaft keinen Wert hat, so sind die Bestimmungen des § 21 nicht anwendbar.

2. Auf Dienstverträge.

Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung angetretenes Dienstverhältnis (§ 611 B.G.B.) kann sowohl von dem Konkursverwalter wie von dem zur Dienstleistung Verpflichteten gekündigt werden, auch wenn eine längere Dienstzeit vereinbart ist (§ 22 Abs. 1 Satz 1). Dabei ist die gesetzliche Kündigungsfrist (§§ 621 bis 624 B.G.B.) einzuhalten, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war (§ 22 Abs. 1 Satz 2).

Kündigt der zur Dienstleistung Verpflichtete, so hat weder er noch der Gemeinschuldner oder die Gläubigerschaft einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags.

Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch die verfrühte Aufhebung des Dienstverhältnisses entsteht (§ 22 Abs. 2). Der Ersatzanspruch ist Konkursforderung (§ 26 Satz 2) ohne Vorrecht.

§ 33.

IX. Das Erlöschen von Aufträgen und Vollmachten des Gemeinschuldners.

Ein von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Konkurses, es sei denn, dafs der Auftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (§ 23 Abs. 1 Satz 1). Das Erlöschen des Auftrags hängt damit zusammen, dafs Verfügungen des Gemeinschuldners über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam sind. Daraus folgt zwar zunächst nur die relative Unwirksamkeit der Verfügungen des Beauftragten; aber da sich daraus unzweckmäfsige Komplikationen ergeben könnten, ist das Erlöschen des Auftrags angeordnet[1].

Trotz dem Erlöschen des Auftrags hat der Beauftragte, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Konkursverwalter anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend (§ 23 Abs. 1 Satz 2 K.O. mit § 672 Satz 2 B.G.B.). Zu Gunsten des Beauftragten gilt der erloschene Auftrag als

[1] Vgl. C. c. art. 2003. Das gem. R. enthielt keine solche Bestimmung.

fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen durch die Konkurseröffnung Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen mufs (§ 23 Abs. 1 Satz 2 K.O mit § 674 B.G.B.).

Hat sich jemand vor der Konkurseröffnung durch Vertrag verpflichtet, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen gegen Entgelt zu besorgen, so liegt kein Auftrag (arg. § 662 B.G.B.), sondern ein Dienstvertrag (§ 611 B.G.B.) oder ein Werkvertrag (§ 631 B.G.B.) vor. Bezüglich dieses Dienst- oder Werkvertrags gilt das Gleiche wie für den Auftrag (§ 23 Abs. 2). Er erlischt also durch die Eröffnung des Konkurses, es sei denn, dafs das Geschäft sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht, u. s. w. Für die Dienst- und Werkverträge, in denen die Verpflichtung zur Besorgung eines von dem Gemeinschuldner übertragenen Geschäfts — in Gegensatz zu sonstigen Diensten oder Werken — versprochen wird, geht diese Vorschrift als die speciellere den allgemeinen Bestimmungen über die Wirkung der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge (§ 17) vor.

Erlischt ein von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag der bezeichneten Art infolge der Eröffnung des Konkurses, so ist der andere Teil in Ansehung der nach der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche[8] im Falle des § 672 Satz 2 B.G.B. Massegläubiger, weil seine Geschäftsbesorgung der Gläubigerschaft zugut kommt; im Falle des § 674 B.G.B. Konkursgläubiger, weil der Grund seiner Forderung vor der Konkurseröffnung liegt (§ 27).

Da sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmt (§ 168 B.G.B.), so erlischt durch die Konkurseröffnung auch die dem Beauftragten, dem durch Dienst- oder Werkvertrag zur Besorgung eines Geschäfts Verpflichteten erteilte Vollmacht, soweit der Auftrag, der Dienst- oder Werkvertrag erlischt. Sie dauert also fort bei der keinen Aufschub duldenden Geschäftsbesorgung; desgleichen, bis der Beauftragte etc. von dem Erlöschen der Vollmacht durch die Konkurseröffnung Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen mufs. In dem zweiten Fall wirkt sie jedoch nicht zu Gunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen mufs (arg. § 169 B.G.B). Daneben sind auch die Bestimmungen der §§ 170 bis 173 B.G.B. über das

[8] Vgl. § 670 B.G.B.; nicht in Ansehung der Lohnansprüche!

Inkraftbleiben gewisser Vollmachten gegenüber dem gutgläubigen Dritten anwendbar, wenn die Konkurseröffnung das Erlöschen der Vollmacht bewirkt hat. Übrigens kann der Dritte, dem gegenüber die Vollmacht nach den Vorschriften der §§ 672 Satz 2, 674, mit § 169 B.G.B. oder nach den Vorschriften der §§ 170 bis 173 B.G.B. in Kraft bleibt, durch ein nach der Konkurseröffnung mit dem Bevollmächtigten vorgenommenes Rechtsgeschäft einen Aussonderungs- oder einen Absonderungsanspruch oder eine Konkursforderung ebensowenig erwerben, als durch ein mit dem Gemeinschuldner selbst geschlossenes Geschäft[8]. Das Inkraftbleiben der Vollmacht hat der Konkursmasse gegenüber nur Bedeutung, wenn eine Leistung auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Bevollmächtigten erfolgt ist (§ 8) oder wenn der Bevollmächtigte nach der Konkurseröffnung eine derjenigen Erklärungen abgegeben hat, auf Grund deren sich nach § 15 Satz 2 ein Erwerb zu Gunsten des gutgläubigen Dritten vollziehen kann.

Alle vorgetragenen Sätze finden entsprechende Anwendung auf das Rechtsverhältnis zwischen einer juristischen Person und ihren Organen, auch wenn dieses Rechtsverhältnis weder Auftrag noch Dienst- oder Werkvertrag ist. Ebenso auf das Rechtsverhältnis zwischen einer Gemeinschaft, die keine juristische Person, aber ein organisierter Personenverband ist, und ihren Organen.

§ 34.

X. Die Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Benachteiligung der Gläubiger.

1. Einleitung und Geschichtliches.

Persönliche Gläubiger können durch Rechtshandlungen benachteiligt werden, die ihnen die Möglichkeit schmälern, Befriedigung aus dem Vermögen ihres Schuldners zu erlangen. Die Schmälerung kann erfolgen durch Handlungen, die das Aktivvermögen des Schuldners vermindern, und durch solche, die dessen Schulden (das Passivvermögen) vermehren.

---

[8] Es ist schief und irreleitend, wenn in der Begr. d. Nov. z. K.O. S. 33 von der Fiktion einer Behandlung der Geschäfte „wie wenn sie vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen wären“ geredet wird.

Die Rechtsordnung kann die persönlichen Gläubiger nicht schlechthin gegen solche Benachteiligung schützen. Der Begriff der persönlichen Haftung (im Gegensatz zur Sachhaftung) bringt es mit sich, dafs der Gläubiger die Gefahr solcher Beeinträchtigung tragen mufs. Aber es giebt doch Umstände, unter denen es billig erscheint, die Gläubiger gegen Benachteiligung zu schützen. Das geschieht dadurch, dafs den Gläubigern das Recht gewährt wird, Rechtshandlungen wegen der Benachteiligung anzufechten.

Die Anfechtung kann vor der Konkurseröffnung und nach derselben erfolgen. Aber zufolge der Konkurseröffnung werden Rechtshandlungen anfechtbar, die vorher nicht anfechtbar waren. Die Anfechtungsbefugnis, die vor der Konkurseröffnung den einzelnen Gläubigern zustand, steht während des Konkurses der Gläubigerschaft zu. Die Leistung, zu der der Anfechtungsgegner verpflichtet ist, hat nicht, wie vor der Konkurseröffnung an den einzelnen Gläubiger, sondern an die Gläubigerschaft zu erfolgen. Insofern gehört die Lehre von der Anfechtbarkeit in den Abschnitt: „Wirkungen der Konkurseröffnung". Die Wirkungen, welche die Konkurseröffnung auf die Anfechtbarkeit ausübt, lassen sich aber nicht darstellen, ohne die ganze Materie zu erörtern.

Das geltende Anfechtungsrecht steht in geschichtlichem Zusammenhange mit dem früheren gemeinen Rechte Deutschlands[1], mit dem französischen Recht[2] und mit deutschen Partikularrechten[3].

---

[1] Das gemeine Recht führt auf römisches Recht zurück. Im prätorischen Edikt ist eine Klage (actio Pauliana) und ein Interdikt (interdictum fraudatorium) in Aussicht gestellt gegen denjenigen, welcher mit dem Schuldner Geschäfte machte, wissend, dafs dieser seine Gläubiger benachteiligen wolle, desgleichen eine actio, die aber nur causa cognita gegeben wird, für Fälle, in denen der Dritte von der Unredlichkeit des Schuldners nichts wufste. Vgl. Lenel, Ed. perp. S. 351 ff., 398; Dig. tit. Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur 42, 8; Cod. tit. De revocandis his quae per fraudem alienata sunt 7, 75. Die Ansprüche gehen auf Restitution oder Schadensersatz, nach Ablauf eines Jahres seit der bonorum venditio auf Herausgabe der Bereicherung. Nach dem Edikte wurden die actio und das interdictum nur nach der missio in bona erteilt. Es ist zweifelhaft, ob sie in der späteren Zeit nicht auch ohne missio zugelassen wurden.

Das römische Recht, wie es in den justinianischen Rechtsbüchern aufgezeichnet ist, wurde seit seiner Wiederbelebung in Italien gelehrt und angewendet. In italienischen Stadtrechten wurde die Anfechtung in verschiedener Weise erleichtert. Handelt es sich um Geschäfte des Schuldners mit seiner Frau, mit nahen Verwandten oder Verschwägerten, so bedarf der animus fraudandi bei dem Schuldner und die participatio fraudis auf Seite des Dritten keines speciellen Beweises. Oder: die Anfechtung wird auch ohne den

Enthalten ist das geltende Recht über Anfechtung im Konkurse in den §§ 29 bis 42 der neuen K.O., über Anfechtung aufserhalb des Konkurses in dem R.G. v. 21. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 261) in

---

Nachweis der Benachteiligungsabsicht ganz allgemein nach dem Ermessen des Richters zugelassen; insbesondere, wenn das Geschäft kurz vor dem Bankerutt oder der Flucht vorgenommen wurde. Nachweise solcher Stadtrechte s. bei Fuchs, Konk.Prozefs S. 46 N. 9, 50 N. 6; Kohler, Lehrb. S. 195 ff. In Betracht kommen Statuten von Belluno, Brescia, Florenz, Genua, Mailand, Padua, Piacenza, sämtliche aus dem 14. und dem 15. Jahrhundert. Die von Fuchs herangezogenen stadtrechtlichen Bestimmungen, wonach Personen, die mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft leben, für die Schulden haften, haben mit der Anfechtung wohl nichts zu thun. Auf die gemeinrechtliche Doktrin scheinen die stadtrechtlichen Neuerungen keinen Einfluſs gehabt zu haben, wenigstens ist in den Glossen und Kommentaren der justinianischen Rechtsbücher nichts davon zu merken.

In Deutschland finden sich schon vor der Rezeption des fremden Rechts Ansätze zu Schutzmafsregeln gegen Veräufserungen, durch die die Zwangsvollstreckung vereitelt wird. Sie zerfallen in zwei Gruppen. Die eine umfafst die Bestimmungen, wonach eine Veräufserung (insbesondere von Grundstücken), die „zu Fluchtsal“ oder „durch Vorflucht“, das ist mit betrügerischer Absicht, vorgenommen wurde, ungültig sein soll. S. Sachsensp. Lehnrecht ed. Homeyer Art. 7 § 1, Art. 58 § 2; Richtsteig, Lehnrecht ed. Homeyer c. 30; Goslarer Statuten ed. Göschen S. 28 Z. 38; Schwabensp. Landrecht ed. Gengler c. 262, ed. Wackernagel c. 259, ed. Lafsberg c. 314; Schwabensp. Lehnrecht c. 105; Kleines Keyserrecht ed. Endemann II c. 110; Münch. Stadtrecht ed. Auer Art. 111; Bresl. Willkür im rechten Weg G. c. 62, abgedr. in Laband, vermögensr. Klagen S. 276 N. 39. Die andere Gruppe umfafst die namentlich in Stadtrechten vorkommenden Bestimmungen, wonach die Gläubiger allgemein oder doch bei „gelobter Schuld“, d. i. wenn Zahlung vor Gericht versprochen ist, den Verkäufen und Verpfändungen ihrer Schuldner binnen bestimmter Frist (die nie länger als Jahr und Tag, manchmal kürzer ist) widersprechen können. Vgl. Lüb. ältest. Stadtrecht ed. Hach II 23, III 130, Bremer Ordele ed. Oelrichs nr. 20, 23 S. 76, 78, Brem. Stadtrecht. v. 1428 ed. Oelrichs II c. 50 S. 363, Magd. Bresl. syst. Schöffenrecht ed. Laband IV c. 51; auch etwa Bamb. Stadtrecht ed. Zöpfl § 236. In den Bestimmungen der zweiten Gruppe wird keine betrügerische Absicht gefordert. Vielmehr scheint der Gedanke zu Grunde zu liegen, dafs vor Jahr und Tag der Erwerb noch nicht gesichert ist. Vgl. Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 276.

Zufolge der Rezeption des römischen Rechts erlangten dessen Bestimmungen über die Anfechtung Geltung in Deutschland. Nur hier und da wurden in Stadtrechten Bestimmungen der älteren Art beibehalten. So z. B. in dem rev. lüb. Recht L. III tit. 6 Art. 1 und noch in der lüb. Konk. Ordn. v. 1862 § 26. Die Nürnb. Stadtrechte v. 1484, 1498 tit. XXII Art. 8 stehen bereits auf dem Boden des gem. Rechts. In Doktrin und Praxis zeigte sich aber die Neigung, den nach dem röm. Recht erforderlichen Nachweis des animus fraudandi und der participatio fraudis zu erleichtern und den animus

der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 709)[4]. Strafrechtliche Bestimmungen zum Schutze der Gläubiger enthalten die §§ 239 bis 242 K.O.

gratificandi, d. i. die Absicht, einen Gläubiger vor den andern zu begünstigen, dem animus fraudandi gleichzustellen. Vgl. S. Stryk, De cautelis contractuum Sect. IV c. 10, Struvius, Syntagma iur. civ. P. III exerc. 44 th. 80, J. B. Wernher, Observationes for. Tom. I pag. III obs. 147, Voet, Comm. ad Pand. 42, 8 § 17, W. A. Lauterbach, Coll. theor. pract. ad Pand. lib. XLII tit. 8 nr. 18, D. G. Struben, rechtliche Bedenken T. 1 Nr. 105, C. A. Günther, princ. iuris rom. II § 1257, Dabelow S. 426 ff.

Eine Übersicht der auf das frühere gem. Recht bezüglichen Litteratur s. bei Windscheid, Pand. II § 463 N. *. Dazu noch: Serafini, Della revoca degli atti fraudolenti compiuti del debitore secondo il diritto Romano (Pisa 1887).

[3] In Frankreich galten vor der napoleonischen Gesetzgebung die Grundsätze des röm. Rechts; vgl. Domat, loix civiles II t. X sect. 1, 2 (ed. 1754 S. 194). Daneben findet sich die Ungültigkeit von Schenkungen ohne das Erfordernis des animus fraudandi; vgl. Beaumanoir, Grandcoutumier c. 54 § 5. Im Code civ. art. 1167 ist die Anfechtung wegen absichtlicher Beeinträchtigung (fraude) der Rechte der Gläubiger zugelassen. Schärfere Bestimmungen, die sich teilweise an die Ordonnance v. März 1673 tit. XI art. 4 und die Deklaration v. 18. Nov. 1702 anlehnen, enthält der Code de comm. art. 441 bis 447 für den Fall der Konkurseröffnung, die nur gegenüber einem Kaufmann möglich ist. Die Zurückdatierung der Konkurseröffnung auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung (art. 441) führt die Ungültigkeit aller nach diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen herbei (arg. art. 442). Niemand kann innerhalb der zehn Tage, die der Eröffnung des Falliments vorangehen, ein Privileg oder eine Hypothek auf die Güter des Falliten erwerben (art. 443). Unentgeltliche Vergebungen von unbeweglichem Eigentum sind gegenüber der Gläubigergesamtheit unwirksam, wenn sie innerhalb der zehn Tage vor Eröffnung des Falliments vorgenommen werden; onerose Vergebungen der nämlichen Art können auf Antrag der Gläubiger annulliert werden, wenn die Richter dafür halten, dafs sie die Merkmale des Betrugs an sich tragen (art. 444). Von allen den Handel betreffenden Handlungen oder Verbindlichkeiten, welche von dem Schuldner innerhalb der zehn Tage vor der Eröffnung des Falliments eingegangen sind, wird, soviel den Falliten betrifft, vermutet, dafs sie betrüglich seien; sie sind nichtig, wenn bewiesen wird, dafs von Seite der Mitkontrahenten Betrug obwaltet (art. 445). Alle Summen, die in der kritischen Zeit für nicht verfallene Handelsschulden bezahlt worden sind, müssen zur Masse zurückgebracht werden (art. 446). Alle Handlungen oder Zahlungen, die zur betrügerischen Benachteiligung (fraude) der Gläubiger geschehen sind, werden als nichtig erklärt (art. 447). Verschiedene dieser Bestimmungen wurden durch das Ges. v. 28. Mai 1838 gemildert. Danach sind ohne Rücksicht auf ein subjektives Moment alle Schenkungen, Zahlungen auf nicht fällige Schulden, Hingaben an Zahlungsstatt und Pfandbestellungen für ältere Schulden gegenüber der Konkursgläubigerschaft unwirksam, während es im übrigen auf den guten Glauben des Erwerbers ankommt. Über das

Über die Anwendung der reichsgesetzlichen Vorschriften auf Rechtshandlungen, die vor deren Inkraftreten vorgenommen wurden s. o. S. 35.

Wesen dieser Ungültigkeit vgl. Windscheid d. L. d. Code Nap. über die Ungültigkeit S. 137 ff. und Kohler, Ges.Abh. S. 327 ff.

[3] Von den deutschen Partikularrechten, die über das gem. Recht hinausgehen, sind folgende anzuführen: a) das preufs. Landrecht I 11 §§ 640 bis 645, 1129 bis 1133 ermöglicht die Anfechtung von Leibrentenverträgen und Schenkungen, auch wenn keine Benachteiligung der Gläubiger beabsichtigt ist. Die preufs. allg. G.O. I 50 § 42 bis 59 gestattet die Anfechtung im Konkurse, wenn dem Dritten das Zahlungsunvermögen des Schuldners bekannt war. Die preufs. K.O. v. 5. Mai 1855 §§ 99 bis 112 und das preufs. Gesetz, betr. die Anfechtung aufserhalb des Konkurses, v. 9. Mai 1855 (G.S. S. 429 ff.) sind stark durch das französische Recht beeinflufst. Nach der preufs. K.O. sind im Konkurs anfechtbar alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Zahlungseinstellung, wenn der andere Teil von dieser Kenntnis hatte, alle nach der Zahlungseinstellung oder zehn Tage vorher geschehenen Zahlungen vor der Fälligkeit, Pfandbestellungen und Hingaben an Zahlungstatt, die in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung erfolgten Leibrentenverträge, Freigebigkeiten und lästigen Verträge mit dem Ehegatten, mit Verwandten oder Verschwägerten, sofern diese nicht ihre Unkenntnis von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners beweisen, fraudulose Rechtshandlungen, wenn der Erwerber die Benachteiligungsabsicht kannte, und Freigebigkeiten zu Gunsten des Ehegatten. Entsprechend ist in dem angeführten Gesetze die Anfechtung aufserhalb des Konkurses geregelt, nur dafs die beiden ersten, die Zahlungseinstellung voraussetzenden Anfechtungsfälle hier nicht wiederkehren. Die Bestimmungen der preufs. K.O. liegen mit einigen Änderungen dem Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung §§ 27 bis 39, dem Entw. e. K.O. f. d. D.R. §§ 27 bis 39 und dem geltenden Reichsrechte zu Grund. — b) Die bayer. Pr.O. v. 1869 §§ 1222 bis 1230; c) das sächs. B.G.B. v. 1863 §§ 1509 bis 1518; d) das württ. Ges. über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen v. 8. Sept. 1839 Art. 23; e) die bad. Pr.O. §§ 715, 723 ff.; f) die bremer Deb.Ordn. §§ 30 bis 48; g) die lüb. K.O. §§ 25 bis 37.

[4] Litteratur des modernen Rechts aufser den Kommentaren zur K.O. und den Lehrbüchern des Konkursprozefsrechts: Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und aufserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht (1884), darüber Eck, Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht XXXI S. 492, und L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. IX S. 131 ff.; Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger nach gem. Rechte und nach der Reichs-Konkursordnung (1882); B. Hartmann, Komm. z. Anfecht.Gesetz etc., 4. Aufl. von Frankenburger (1892); Jäckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner aufserhalb des Konkurses (1881, 2. Aufl. 1889); Korn, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in und aufser dem Konkurse (1882, 2. Aufl. 1885); Kranichfeld, Das Anfechtungsgesetz etc. (1880); Meisner, Über die juristische Natur des Anfechtungsrechts in Beitr. z. Erl. d. D.R. XXXII S. 204 ff.; Otto, Die Anfechtung von Rechts-

Räumlich sind die Vorschriften der K.O. nicht bloſs auf die im Geltungsbereiche der K.O., sondern auch auf die im Auslande vorgenommenen Rechtshandlungen anwendbar. Die Eröffnung des Konkurses durch ein inländisches Gericht beruht auf der Voraussetzung, daſs das Vermögen des Gemeinschuldners ganz oder teilweise (vgl. §§ 237, 238) der inländischen Zwangsvollstreckung unterliegt. Gleichwie das inländische Gesetz bestimmt, was in einem im Inland eröffneten Konkursverfahren Gegenstand der konkursmäſsigen Zwangsvollstreckung ist, so ist das inländische Gesetz auch maſsgebend für die Entscheidung der Frage, unter welchen Umständen und in welchem Umfang veräuſserte Gegenstände zur Konkurmasse zurückzugewähren sind; denn auch dabei handelt es sich um die Bestimmung des Umfangs der konkursmäſsigen Vollstreckung. Hierbei ist zu beachten, daſs bei Rechtshandlungen, durch die ein im Auslande befindlicher Gegenstand veräuſsert wurde, möglicher Weise die Benachteiligung der Gläubiger fehlt, nämlich dann, wenn der betreffende Gegenstand, auch wenn er nicht veräuſsert worden wäre, doch nicht zur Konkursmasse hätte gezogen werden können, weil die ausländischen Gerichte dessen Auslieferung zur Konkursmasse verweigern würden[5]. Das kann z. B. bei ausländischen Grundstücken eintreffen.

Was aber die Rechtshandlungen betrifft, durch die nichts veräuſsert, sondern eine Forderung begründet wird, so folgt deren Unterstellung unter das inländische Recht daraus, daſs dieses zu bestimmen hat, welche Forderungen sich an der Zwangsvollstreckung

---

handlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachteile seiner Gläubiger vornimmt, nach gem., sächs. und deutschem Reichsrecht (1881); Petersen, Zur Lehre vom Anfechtungsrecht, Zeitschr. f. d. C.Pr. X S. 17 ff.; Windscheid, Pand. II § 463a; Brinz, Pand. (2) II § 345; Dernburg, Pand. II §§ 146, 147 und preuſs. Pr.R. II §§ 127 bis 132; Förster-Eccius, preuſs. Pr.R. I § 114; Mandry, Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (4) § 50; Wolff, Abs.-Recht S. 263 ff.

Das deutsche Recht wurde mit wenigen Änderungen durch das öst. Ges. v. 16. März 1884 über die Anf. v. Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen (R.G.Bl. Nr. XXXVI), in Österreich eingeführt; daher ist auch die Litteratur des österr. Rechts für das deutsche Recht von Interesse. Daraus sind hervorzuheben: Steinbach, Kommentar zu dem cit. Gesetze; Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österr. Recht (1886); Krasnopolski, Studien zum österr. Ges. über die Anfechtung etc. in Grünhuts Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIV S. 41 ff., XV S. 1 ff. und Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österr. Recht (1889); Pollack, Concursrecht §§ 62 bis 67.

[5] Vgl. oben S. 88.

in einem inländischen Konkursverfahren beteiligen dürfen; denn die Anfechtung einer Rechtshandlung, durch die eine Forderung begründet wird, läuft darauf hinaus, dafs die Forderung von der Teilnahme am Konkurse zurückgewiesen wird[6].

§ 35.

2. Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtbarkeit.

1. Allgemeine Voraussetzung der Anfechtung ist die Benachteiligung der Gläubiger durch eine Rechtshandlung, die eine Zuwendung enthält.

Rechtshandlung[1] ist jede Handlung, die nach der Absicht des Handelnden Rechtswirkungen haben soll und nach dem objektiven Rechte Rechtswirkungen hat. Rechtsgeschäfte sind Rechtshandlungen; aber der Begriff der Rechtshandlung ist weiter als der des Rechtsgeschäfts. Rechtshandlung umfafst insbesondere auch die im Civilprozefs vorgenommene Handlung. Eine Unterlassung ist Handlung, wenn ein positives Handeln als das normale Verhalten zu erwarten war und das Nichthandeln auf einem besonderen Entschlusse beruht[2], z. B. die absichtliche Unterlassung eines Wechselprotestes.

Die Anfechtung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dafs für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder dafs die Rechtshandlung durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist (§ 35). Der Vollstreckungstitel selbst, der nur zwischen dem Gläubiger

---

[6] Über die räumliche Anwendbarkeit des Anfechtungsrechts vgl. v. Bar, Theorie und Praxis des internat. Privatrechts (2) II S. 581 ff.; West, Arch. f. d. civ. Prax. LX S. 358 ff.; Francke eod. LXII S. 487 f.; Cosack S. 105; Korn S. 256; Kranichfeld S. 34; Otto S. 205; Menzel S. 31 ff.; Petersen, Ztschr. f. d. C.Pr. X S. 64 ff.; Kohler, Lehrb. S. 643 ff., 658 ff.; S.A. XXV Nr. 115, XXVII Nr. 1. Quot capita tot sensus! Die Frage, wie sich die örtliche Geltung des Anfechtungsrechts bei Anfechtung aufserhalb des Konkurses gestaltet, liegt aufser dem Bereiche dieses Buches.

[1] Der Ausdruck ist zuerst in d. preufs. K.O. v. 1855 und dem preufs. Anf.-Ges. v. gleichen Jahre gebraucht. Er ist Übersetzung des in den franz. Gesetzen gebräuchlichen Ausdrucks „acte“. Über den Sinn des Ausdrucks vgl. die Mot. S. 114. Vgl. a. Bierling, Jur. Principienlehre II S. 46 ff.

[2] Über Unterlassung als Handlung vgl. Binding, Normen II S. 449 ff., speciell über Unterlassung als Rechtshandlung im S. d. Anfechtungsrechts: l. 3 § 1, l. 4 D. quae in fraud. 42, 8, Mot. S. 115; Cosack S. 48; Otto S. 115; Kohler, Lehrb. S. 217. Die Motive sprechen sich gegen die Anfechtbarkeit von Unterlassungen aus.

und seinem Schuldner wirksam ist, braucht nicht erst angefochten zu werden.

Eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners wird vorausgesetzt in § 30 Nr. 1 erster Halbsatz, sowie in den §§ 31 und 32; wogegen unter Rechtshandlung in § 30 Nr. 1 zweiter Halbsatz und Nr. 2 auch Rechtshandlungen des Gläubigers oder der auf sein Betreiben thätigen gerichtlichen Organe zu verstehen sind[8]. Die von einem Vertreter vorgenommene Rechtshandlung kommt als Handlung des Vertretenen in Betracht.

Ist eine Rechtshandlung nichtig, z. B. wegen Mangels der vorgeschriebenen Form (§ 125 B.G.B.) oder wegen Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105 Abs. 1 B.G.B.) oder wegen Bewufstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit (§ 105 Abs. 2 B.G.B.) oder wegen Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 107, 114 B.G.B.) oder wegen eines dem Anderen bekannten geheimen Vorbehalts (§ 116 Satz 2 B.G.B.) oder wegen Simulation (§ 117 B.G.B.) oder wegen Mangels der Ernstlichkeit (§ 118 B.G.B.) oder, weil sie wegen Irrtums (§ 119 B.G.B.), unrichtiger Übermittlung (§ 120 B.G.B.), arglistiger Täuschung oder rechtswidriger Drohung (§ 123 B.G.B.) angefochten worden ist (vgl. § 142 Abs. 1 B.G.B), so bedarf sie keiner Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger; denn die Handlung ist bereits unwirksam, die Anfechtung ist gegenstandslos. Aber die Anfechtung schadet auch nicht. Hat der Verwalter auf Rückgewähr wegen Anfechtbarkeit geklagt und es stellt sich heraus, dafs die Rechtshandlung nichtig ist, so ist der Beklagte gleichfalls zur Rückgewähr verpflichtet (arg. § 812 B.G.B.) und mufs also verurteilt werden. Darin, dafs der Antrag zuerst mit Anfechtbarkeit, nachher mit Nichtigkeit begründet wird, liegt keine Klagänderung.

Die Rechtshandlung mufs die Gläubiger benachteiligen, so dafs sie nicht vollständig befriedigt werden können. Mit der Eröffnung des Konkurses steht die Insolvenz des Gemeinschuldners fest, so dafs es in dieser Beziehung keines besonderen Nachweises bedarf. Sollte sich übrigens herausstellen, dafs im Konkurs alle Gläubiger ohne die Anfechtung befriedigt werden können, so würde die Anfechtbarkeit entfallen.

---

[8] Dafs in den §§ 31, 32 nur Handlungen des Gemeinschuldners gemeint sind, dürfte aus dem parallel gehenden § 3 des Anf.Ges. zu folgern sein. Das Anf.Ges. setzt, wie schon sein Rubrum ersehen läfst, immer Rechtshandlungen des Schuldners voraus. Teilw. abw. Harburger I, Jur. Wochenschr. 1885 S. 393 ff.

Die Benachteiligung mufs durch die Rechtshandlung selbst herbeigeführt worden sein. Sie kann darauf beruhen, dafs Vermögen, das zur Konkursmasse gehören würde, veräufsert (oder belastet), oder darauf, dafs eine konkurrierende Forderung begründet worden ist.

Die Veräufserung von Gegenständen, die nicht zur Konkursmasse gehören würden, ist nicht anfechtbar. Nicht anfechtbar ist daher insbesondere der Verzicht auf unpfändbare Ansprüche und die Abtretung von solchen. Daraus folgt z. B. die Unanfechtbarkeit des Verzichts auf einen Pflichtteilsanspruch, der noch nicht durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (arg. § 852 Abs. 2 C.Pr.O.). Nicht anfechtbar ist die Auschlagung einer dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft oder eines Vermächtnisses, weil der Gemeinschuldner berechtigt ist, eine ihm vor der Konkurseröffnung angefallene, aber zu dieser Zeit noch nicht endgültig erworbene Erbschaft oder ein solches Vermächtnis noch während des Konkurses auszuschlagen (§ 9 Satz 1)[4]. Das Gleiche gilt von der Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (arg. § 9 Satz 2)[5]. Die Anwartschaft auf die Erbschaft eines Lebenden ist kein Vermögensbestandteil, auch wenn sie durch Vertrag gesichert ist; daher sind der Erbverzicht (§ 2346 B.G.B.) und die Aufhebung eines Erbvertrags (§§ 2290, 2291 B.G.B.) oder eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2292 B.G.B.) nicht anfechtbar.

Die Begründung einer Forderung beeinträchtigt die Konkursgläubiger nur, wenn die Forderung zur Teilnahme am Konkurse berechtigt ist. Daher kann die Begründung einer Forderung, die vom Konkurse durch § 3 oder § 63 ausgeschlossen ist, von dem Verwalter nicht angefochten werden.

Bevor die Forderung zum Konkurs angemeldet ist, besteht selten ein Anlafs, sie anzufechten; aber die Anfechtung kann auch vorher erklärt werden, um den Gläubiger von der Anmeldung abzuhalten. Denkbar wäre vor der Anmeldung eine Klage auf Feststellung der Anfechtbarkeit; aber die Voraussetzungen zu einer solchen Klage (vgl. § 256 C.Pr.O.) werden nicht leicht zutreffen.

Endlich mufs die Rechtshandlung eine Zuwendung[6] enthalten, d. h. sie mufs bewirken, dafs jemand auf Kosten des Gemeinschuldners ein Vermögensrecht erwirbt oder von einer Vermögens-

---

[4] Vgl. oben S. 79 f.

[5] Vgl. oben S. 79 f.

[6] Über diesen Begriff s. Cosack, Lehrb. d. d. bürgerl. R. I S. 149.

last befreit wird. Die Zuwendung kann entgeltlich oder unentgeltlich sein.

Eine Zuwendung ist die Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn die Leistung Geldwert hat und nicht in einer Unterlassung besteht[7]; ebenso die Hingabe an Zahlungsstatt und die Sicherheitsbestellung für Erfüllung einer Verbindlichkeit. Auch die Befreiung von einer Schuld, die durch Befriedigung des Gläubigers eintritt, fällt unter den Begriff der Zuwendung; der Gläubiger, der die geschuldete Leistung in Empfang nimmt, wendet dem Schuldner die Befreiung zu; aber eine Benachteiligung der Gläubiger wird sich selten dabei ergeben.

Keine Zuwendung ist z. B. die Dereliktion einer Sache, die Ablehnung eines Vertragsantrags, die Erteilung einer Vollmacht und deren Zurücknahme, die Kündigung eines Darlehens oder eines Mietvertrags etc.

Die Vorschriften der K.O. sind zugeschnitten auf Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind (§ 29), weil die nach der Eröffnung vorgenommenen ohnehin den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind (§ 7 Abs. 1 erster Halbsatz). Sofern jedoch eine nach der Eröffnung des Konkurses vorgenommene Rechtshandlung nach den §§ 892, 893 des B.G.B. den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist

---

[7] Dafs die Erfüllung einer Verbindlichkeit der Anfechtung nicht prinzipiell entzogen ist, ist allgemein anerkannt. Streit besteht blofs darüber, ob die Erfüllung auch aus § 31 Nr. 1 angefochten werden kann. Dies ist anzunehmen; denn die Erfüllung kann in der Absicht geschehen, die Gläubiger zu benachteiligen, und der Empfänger kann davon Kenntnis haben. Dafs jene Absicht und deren Kenntnis bei Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten schwer zu beweisen sein wird, ist eine Sache für sich. Ebenso die Mot. S. 131, die Kommentare, Kohler, Lehrb. S. 27 u. 62; Jäckel S. 78; Otto S. 70; Rocholl, Rechtsfälle I S. 456, R.G.Entsch. XVI S. 62 XX S. 181, XXIII S. 9, Beitr. z. Erl. d. d. R. XXVII S. 160, XXIX S. 1039, O.L.G. München Bl. f. R.A. VIII Erg.Bd. S. 165. A.M.: Cosack S. 114 ff.; Eccius, pr. Pr.R. I § 114 N. 41; Eck, Ztschr. f. d. g. H.R. XXIX S. 302, XXXI S. 496 f.; Grützmann S. 129; Jäckel S. 129; Krasnopolski S. 37 f.; Menzel S. 153 ff.; Bayr. ob. L.G. Sammlg. v. E. IX S. 11. Für das frühere Recht s. l. 6 § 7, l. 24 D. quae in fraud. 42, 8. — Die Erfüllung einer Forderung, die im Konkurse bevorrechtigt ist, kann unanfechtbar sein wegen Mangels der Benachteiligung der Gläubiger; die Benachteiligung fehlt, wenn in dem Konkurs alle besser oder gleich berechtigten Gläubiger befriedigt werden können. — Die Befriedigung eines Absonderungsberechtigten benachteiligt die Gläubiger nur soweit, als der Absonderungsberechtigte sich nicht aus dem abzusondernden Gegenstande decken konnte.

(vgl. § 7 Abs. 1 zweiter Halbsatz und oben S. 173), gelten für deren Anfechtung dieselben Vorschriften, wie für die vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Handlungen (§ 42). Da solche Handlungen nach dem Eröffnungsantrage liegen, finden auch die Vorschriften des § 30 Anwendung.

§ 36.

3. Besondere Voraussetzungen der Anfechtbarkeit.

Zu den allgemeinen Voraussetzungen müssen noch alternativ besondere Umstände hinzukommen. Solche sind:

a) Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags.

Anfechtbar ist ein von dem Gemeinschuldner eingegangenes Rechtsgeschäft (nicht eine andere Rechtshandlung), durch dessen Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, wenn dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war (§ 30 Nr. 1 erster Halbsatz). Ein von dem Gemeinschuldner und dem anderen Teil „eingegangenes" Rechtsgeschäft ist ein Vertrag; es kommen also nur Verträge in Betracht. Verträge sind auch die Erfüllung und die rechtsgeschäftliche Sicherstellung einer Verbindlichkeit. Aber diese Verträge fallen doch nicht unter den ersten Halbsatz des § 30 Nr. 1; denn es widerstrebt dem Sprachgebrauche, die Erfüllung und die Sicherstellung einer Verbindlichkeit als „eingegangene Rechtsgeschäfte" zu bezeichnen; auch ist die Erfüllung etc. von Seite des Gemeinschuldners in dem zweiten Halbsatze besonders behandelt[1].

Rechtsgeschäfte, die zu Eintragungen in das Grundbuch führen, sind durch die Eintragung nicht gegen die Anfechtung gefeit[2].

Ferner ist anfechtbar jede nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag erfolgte Rechtshandlung, die einem Konkursgläubiger Sicherheit oder Befriedigung gewährt, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war (§ 30 Nr. 1 zweiter Halbsatz). Die Rechtshandlung braucht keine Rechtshand-

---

[1] Dafs eine an den Gemeinschuldner bewirkte Erfüllung von § 30 Nr. 1 nicht getroffen werden soll, sagen die Mot. S. 121 ganz ausdrücklich.

[2] Vgl. Mot. S. 120.

lung des Gemeinschuldners zu sein[3]. Als anfechtbar kommen insbesondere auch die Sicherung und die Befriedigung in Betracht, die ein Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erlangt[4].

Von dieser Anfechtung sind Wechselzahlungen des Gemeinschuldners ausgenommen, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war (§ 34 Abs. 1)[5]. Dies trifft in allen Fällen zu, wo der Wechselinhaber einen Vormann (Aussteller oder Indossanten[6]) hat, gegen den er Regreſs nehmen kann. Dazu ist regelmäſsig Protest notwendig (Art. 41 W.O.); dieser kann nicht erhoben werden, wenn die Zahlung angeboten ist. Auch wenn der Protest erlassen ist (Art. 42 W.O.), kann die angebotene Zahlung nicht ohne Verlust des Regreſsrechts zurückgewiesen werden. Dagegen sind die Zahlung nach Erhebung des Protestes und die Zahlung nach Ablauf der Protestfrist (Art. 41 Abs. 2 W.O.) nicht gegen die Anfechtung geschützt; denn in den beiden Fällen kann das Zahlungsangebot ohne Verlust des Regreſsrechts zurückgewiesen werden, im ersten Falle, weil das Regreſsrecht bereits gesichert, im zweiten, weil es schon verloren ist.

In welcher Eigenschaft der Gemeinschuldner Zahlung anbietet (als Acceptant oder als Bezogener ohne Accept, als Aussteller, Indossant, Domiziliat, Notadressat, Intervenient etc.) ist einerlei.

Hat der Gemeinschuldner eine Wechselzahlung geleistet, die nach § 30 Nr. 1 anfechtbar sein würde, wenn sie nicht durch § 34 Abs. 1 geschützt wäre[7], so ist die gezahlte Wechselsumme von dem letzten Wechselregreſsschuldner oder, falls dieser den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hat, von diesem zur Konkursmasse zu erstatten, wenn dem letzten Wechselregreſsschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben lieſs, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war (§ 34 Abs. 2). Dem letzten Regreſsschuldner oder dem Dritten, für dessen Rechnung der Wechsel begeben wurde,

---

[3] Um dies auszudrücken, ist § 23 Nr. 1 und 2 des Entw. in der Fassung geändert worden. Vgl. K.Pr. S. 20.

[4] Vgl. R.G.Entsch. II S. 376, III S. 395, VII S. 36, X S. 33, XVII S. 26, Beitr. z. E. d. D. R. XXIX S. 1033, S.A. XLIV Nr. 238; Hassenpflug, Beitr. z. E. d. D.R. XXXII S. 81 ff.; Mügel eod. XXXIII S. 61 ff.

[5] Vgl. Code de comm. art. 449 in der Fassung des Gesetzes v. 1838.

[6] Ein Prokuraindossant kommt nicht in Betracht.

[7] Vgl. R.G.Entsch. XL S. 41.

kommt nämlich die vom Gemeinschuldner geleistete Zahlung indirekt zu gut. Hat der Betreffende zur Zeit der Begebung die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag gekannt, so ist es billig, dafs er zur Konkursmasse ersetzt, was er zurückgewähren müfste, wenn er es direkt von dem Gemeinschuldner bekommen hätte.

Der Anspruch geht auf Erstattung des ganzen gezahlten Betrags, nicht blofs der Valuta. Er steht der Gläubigerschaft zu und wird durch den Verwalter geltend gemacht. Die §§ 33, 39, 41 finden entsprechende Anwendung.

Bei der bisher behandelten Anfechtung hat der Anfechtende im Falle des Prozesses zu beweisen, dafs der Dritte die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag gekannt hat[8]. Die Beweislast verschiebt sich, wenn durch die nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Antrag auf Konkurseröffnung erfolgte Rechtshandlung einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt wird, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Hier wird nämlich vermutet, dafs der Empfänger die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag gekannt habe; der Empfänger mufs das Gegenteil beweisen (§ 30 Nr. 2). Über diesen Beweis vgl. § 292 C.Pr.O. Eideszuschiebung kann nur bei indirekter Beweisführung in Betracht kommen (arg. § 445 C.Pr.O.).

Das Charakteristische der in § 30 Nr. 2 aufgeführten Rechtshandlungen liegt in der Inkongruenz zwischen dem Anspruch und der Leistung.

Inkongruent ist insbesondere jede Sicherung, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung durch Pfändung, durch Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, durch Eintragung einer Sicherungshypothek oder einer Vormerkung im Grundbuch erlangt wird[9]. Ebenso die Sicherheit, die der Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung oder der Arrestvollziehung stellt. Eine Sicherung durch Bürgen kommt nur in Betracht, wenn zu deren Erlangung aus dem Vermögen des Schuldners etwas geopfert wird.

---

[8] Vgl. R.G.Entsch. XXIII S. 115.

[9] So die herrschende Ansicht, das R.G. in Entsch. VII S. 37, X S. 33 (verein. C.S.), XXXII S. 22, 65 ff., S.A. XLIV Nr. 238, d. bayr. ob. L.G. in Samml. v. Entsch. XI S. 221 und S.A. XLII Nr. 87. A.M.: Endemann S. 254 und Mügel, Beitr. z. E. d. d. R. XXXIII S. 61 ff. — Dafs der Vollstreckungstitel vor der Zahlungseinstellung entstand, macht nichts aus; denn der Titel verändert den Gegenstand des Anspruchs nicht. Unrichtig die Mot. S. 128.

Inkongruent ist jede Befriedigung eines nicht klagbaren, eines noch nicht fälligen oder bedingten Anspruchs und jede Befriedigung durch Hingabe an Zahlungsstatt. Befriedigung an einem anderen Ort ist inkongruent, wenn dadurch der Wert der Leistung verändert wird. Dafs der Gläubiger die ihm gebührende Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung erhält, macht die Leistung nicht zu einer inkongruenten; daher fällt z. B. die Vereinnahmung des Erlöses nicht unter § 30 Nr. 2, wenn die Pfändung vor der Zahlungseinstellung erfolgt ist. Ist aber die Sicherung, aus der die Befriedigung erlangt wurde, nach § 30 Nr. 2 anfechtbar, so kann auch die Rückgewähr des Erlöses zur Konkursmasse beansprucht werden, indem die Sicherung angefochten wird. Daher kann z. B. die Rückgewähr des Erlöses aus Gegenständen, die nach der Zahlungseinstellung gepfändet worden sind, beansprucht werden, wenn der Empfänger nicht beweist, dafs er die Zahlungseinstellung zur Zeit der Pfändung nicht kannte[10].

Über Zahlungseinstellung s. o. S. 139. Wegen Kenntnis der Zahlungseinstellung kann eine Rechtshandlung, die früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgte, nicht angefochten werden (§ 33), weil es zweifelhaft ist, ob die Konkurseröffnung mit einer Zahlungseinstellung zusammenhängt, die so lange Zeit vor der Eröffnung liegt[11].

Als Konkurseröffnungsantrag, dessen Kenntnis entscheidend ist, kommt nur derjenige in Betracht, welcher die Konkurseröffnung zur Folge hat.

Soweit die Anfechtbarkeit von der Kenntnis oder Unkenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags abhängig ist, kommt bei Rechtshandlungen, die von einem Vertreter vorgenommen worden sind, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht (arg. § 166 Abs. 1 B.G.B.). Hat jedoch im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser, wenn er selbst die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag gekannt hat, nicht

---

[10] Vgl. Kefsler, Ztschr. f. d. C.Pr. VII S. 329 ff., R.G.Entsch. XVII S. 26, XXIII S. 112, XL S. 91. Unrichtig R.G. VII S. 37 f. und Francke, Ztschr. f. d. C.Pr. IX S. 476.

[11] Die Beschränkung gilt sowohl für die Anfechtung aus § 30 Nr. 1 wie für die Anfechtung aus § 30 Nr. 2, vgl. R.G.Entsch. XXV S. 86. — Über die Berechnung der sechsmonatigen Frist s. R.G.Entsch. XVII S. 328. Ist der Pfändung eine Benachrichtigung nach § 845 C.Pr.O. vorangegangen, so ist die Benachrichtigung mafsgebend.

auf die Unkenntnis des Vertreters berufen (arg. § 166 Abs. 2 Satz 1 B.G.B.)[12].

Nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Organe des Staates handeln der Gerichtsvollzieher und das Vollstreckungsgericht bei Vornahme von Vollstreckungshandlungen. Daher kommt auf die Kenntnis des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts niemals etwas an[13].

c) Kenntnis der Begünstigungabsicht.

Anfechtbar sind die nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen[14] vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, wenn der Gemeinschuldner beabsichtigte, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen und der Gläubiger diese Absicht zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung kannte. Dabei gilt die doppelte Vermutung, daſs der Gemeinschuldner die Begünstigung beabsichtigte und daſs der Gläubiger diese Absicht kannte (§ 31 Nr. 2).

Was oben S. 209 f. über inkongruente Sicherung und Befriedigung gesagt ist, gilt auch hier. Insbesondere steht auch die im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung unter der Vermutung, daſs sie von dem Gemeinschuldner durch ein Verhalten, bei dem die Begünstigungsabsicht obwaltete, herbeigeführt wurde[15]. Dieses Verhalten kann auch in Unterlassung einer durch die Umstände indizierten Handlung, z. B. des Konkurseröffnungsantrags, bestehen[16].

Die Absicht, einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, ist nicht identisch mit der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen[17]. Jene Absicht kann vorliegen, ohne daſs der Gemeinschuldner die Absicht hat, die übrigen Gläubiger zu schädigen; durch den

---

[12] Vgl. R.G.Entsch. VII S. 37.

[13] Vgl. Dunkhase, Arch. f. civ. Pr. LXXVII S. 106, 141.

[14] Dieser Zeitraum ist in der Weise zu berechnen, daſs er volle zehn Kalendertage vor der Zahlungseinstellung etc. umfaſst. Vgl. R.G.Entsch. XXII S. 5.

[15] Vgl. R.G. Entsch. XL S. 91.

[16] Vgl. Cosack S. 206, 210.

[17] Über die Verschiedenheit der Begünstigungs- und der Benachteiligungsabsicht vgl. Mot. S. 122, 124 f., 130 R.G.Entsch. IX S. 75, X S. 8 f., XI S. 175 f., Beitr. z. Erl. d. D. R. XXXIII S. 127. Weniger deutlich: R.G. Entsch. XVI S. 62.

Nachweis, dafs der Gemeinschuldner keine Benachteiligung beabsichtigte, ist daher die Vermutung der Begünstigungsabsicht noch nicht widerlegt.

Strafrechtlichen Schutz gegen Begünstigung gewährt § 241.

d) Kenntnis der Benachteiligungsabsicht.

Anfechtbar sind Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat (§ 31 Nr. 1).

Zur Absicht, die Gläuber zu benachteiligen, genügt nicht das Bewufstsein, dafs durch die Rechtshandlung den Gläubigern die Möglichkeit der Befriedigung entzogen wird; die Handlung mufs zu dem Zwecke vorgenommen worden sein, um den Gläubigern die Möglichkeit der Befriedigung zu entziehen (fraudationis causa)[18]. Diese Absicht kann sich aus den Umständen ergeben, wenn jenes Bewufstsein vorhanden ist, während sie nicht angenommen werden kann, wenn der Gemeinschuldner, wenn auch aus grober Fahrlässigkeit, die Benachteiligung der Gläubiger nicht erwogen hat. Dafs die Absicht, einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, nicht mit der Benachteiligungsabsicht identisch ist, wurde oben S. 211 schon erwähnt; aber die beiden Absichten können nebeneinander vorhanden sein, wie überhaupt die Benachteiligungsabsicht mit anderen Absichten konkurrieren kann.

Die Benachteiligungsabsicht mufs dem anderen Teile bekannt gewesen sein und zwar zu der Zeit, wo die Rechtshandlung vorgenommen wurde. Auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis („kennen müssen" s. § 122 Abs. 2 B.G.B.) steht der Kenntnis nicht gleich.

Fand auf Seite des Gemeinschuldners oder auf Seite des anderen Teils eine Vertretung statt, so kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht (arg. § 166 Abs. 1 B.G.B.). Nur wenn ein Bevollmächtigter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, genügt es zur Anfechtbarkeit, wenn der vertretene Gemeinschuldner die Benachteiligung beabsichtigte und wenn der vertretene andere Teil diese Absicht kannte (arg. § 166 Abs. 2 Satz 1 B.G.B.).

---

[18] Vgl. R.G.Entsch. XX S. 180, XXIII S. 14, XXXIII S. 124, Beitr. z. E. d. D. R. XXXVI S. 1136, 1142, Menzel S. 146. Die meisten Schriftsteller halten das Bewufstsein des Erfolgs für genügend, so früher auch das R.G., Entsch. IX S. 75, XI S. 175. Über den Unterschied zwischen Bewufstsein des Erfolgs und Absicht s. Binding, Normen. II. S. 594 ff.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 124, 152 ff.

Im Prozesse mufs der Konkursverwalter die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht beweisen. Über das Vorhandensein der Benachteiligungsabsicht kann er dem Gegner den Eid nicht zuschieben, weil sie ein factum alienum ist, wohl aber über die Kenntnis davon.

Vermutet wird die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners und die Kenntnis des anderen Teils bei den in dem letzten Jahre[19] vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner mit gewissen ihm nahe stehenden Personen geschlossenen entgeltlichen Verträgen (§ 31 Nr. 2).

Als solche Personen kommen in Betracht: der Ehegatte des Gemeinschuldners vor und während der Ehe (also auch wenn der Vertrag vor der Ehe geschlossen wurde), seine und seines Ehegatten Verwandte in auf- und absteigender Linie, seine und seines Ehegatten voll- und halbbürtige Geschwister und die Ehegatten eines dieser Verwandten und Verschwägerten. Ob Verwandtschaft und ob Schwägerschaft vorhanden ist, ist nach dem B.G.B. zu beurteilen (Art. 33 E.G. z. B.G.B.).

Entgeltliche Verträge sind diejenigen zweiseitigen Rechtsgeschäfte, bei denen eine Leistung gegen eine Gegenleistung versprochen oder gegeben wird.

Unter den Begriff fällt auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit, da der Schuldner für seine Leistung die Befreiung erhält. Und zwar hat der Gemeinschuldner einen entgeltlichen Vertrag geschlossen sowohl dadurch, dafs er seine Verbindlichkeit erfüllt, als dadurch, dafs er eine ihm geschuldete Leistung angenommen hat. Aber es ist nicht zweifellos, ob der Ausdruck bei der Abfassung des Gesetzes in diesem weiten Sinne gebraucht worden ist; jedenfalls kann bei reinen Erfüllungsgeschäften die für entgeltliche Verträge aufgestellte Vermutung leicht als widerlegt angenommen werden[20]. Unter den Begriff fallen zweifellos die Verträge über Hingabe an Zahlungsstatt, über Gewährung einer Sicherheit und über Auseinandersetzung einer Gemeinschaft (insbesondere einer gemeinschaftlichen Erbschaft)[21].

Die Vermutung des § 31 Nr. 2 ergiebt keinen anderen Anfechtungsgrund, als die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht; nur die Beweislast ist umgekehrt[22].

---

[19] Die Frist ist nach § 188 Abs. 2 B.G.B. zu berechnen. Ist der Konkurs am 1. Februar eröffnet, so fallen die am 1. Febr. des Vorjahres geschlossenen Verträge noch unter die Vermutung.

[20] Vgl. R.G. Entsch. XVI S. 62, XXVII S. 133.

[21] Vgl. Mot. S. 133.

[22] A.M.: Cosack S. 126, Petersen u. Kleinfeller § 24 N. II 1.

e) Freigebigkeit.

α) Anfechtbar sind die in dem letzten Jahre[23] vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen (§ 32 Nr. 1). Ist die unentgeltliche Verfügung zu Gunsten seines Ehegatten vorgenommen, so erhöht sich die Zeit auf zwei Jahre (§ 32 Nr. 2). Eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32 ist nur vorhanden, wenn eine Zuwendung in der Absicht erfolgt, eine Freigebigkeit[24] auszuüben (animo donandi, munificentiam exercendi).

Schenkung und Stiftung[25] kommen in Betracht; die Schenkung, auch wenn sie aus Dankbarkeit geschieht oder wenn damit eine Auflage verbunden ist.

Keine unentgeltliche Zuwendung ist die Erfüllung und die Sicherung einer Verbindlichkeit. Die Erfüllung oder Sicherung der Schuld eines Anderen kann eine Schenkung an diesen sein, nicht an den Gläubiger[26].

Die Gewährung der Aussteuer von Seite des Verpflichteten (vgl. § 1620 B.G.B.) ist keine Schenkung. Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), gilt, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Mafs übersteigt (§ 1624 Abs. 1 B.G.B.).

Ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten kann eine Schenkung an diesen enthalten, obwohl der Vertragschliefsende dem anderen Teile für dessen Leistung an den Dritten ein Entgelt gewährt.

Die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke sind von der Anfechtbarkeit aus § 32 Nr. 1 und 2 ausgenommen[27].

---

[23] Wegen Berechnung der Frist s. o. N. 19.

[24] Vgl. die Mot. S. 133 ff., Kohler, Lehrb. S. 286. Abw.: Petersen u. Kleinfeller S. 142 N. 1.

[25] Vgl. R.G. Entsch. V S. 141 ff.

[26] A. M.: R.G. Entsch. X S. 86 f.

[27] Nach § 25 Nr. 2 der K.O. v. 1877 ist ferner anfechtbar eine innerhalb der zwei letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses von dem Gemeinschuldner bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor den zwei Jahren geschlossenen Vertrag verpflichtet war. Diese Vorschrift wurde, und zwar erst im Bundesrate, gestrichen. Aus der Begründung der

β) Im Nachlafskonkurs ist die Leistung, die der Erbe vor der Eröffnung des Verfahrens aus dem Nachlasse zur Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs, eines Vermächtnisses oder einer Auflage gemacht hat, in gleicher Weise anfechtbar wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben (§ 222). Die Erfüllung der bezeichneten Ansprüche ist keine Freigebigkeit von Seite des Erben. Dafs sie gleichwohl wie eine Freigebigkeit anfechtbar ist, hat seinen Grund darin, dafs diese Ansprüche hinter den übrigen Nachlafsforderungen zurückstehen (§ 226 Abs. 2 Nr. 4, 5).

Hat der Erbe derartige Ansprüche aus dem Nachlasse erfüllt, so ist es einerlei, ob die Nachlafsgläubiger die Erfüllung nach § 1979 B.G.B. als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen müssen oder nicht; denn in dem letzteren Falle kann es für die Nachlafsgläubiger vorteilhafter sein, die Leistung anzufechten, als den Erben gemäfs § 1978 oder § 1980 B.G.B. auf Ersatz zu belangen[28]. Hat jedoch der nach § 1978 oder nach § 1980 B.G.B. ersatzpflichtige Erbe zur Nachlafsmasse Ersatz geleistet, so entfällt die Anfechtbarkeit, weil die Nachlafsgläubiger nicht mehr benachteiligt sind.

Hat der Erbe vor der Eröffnung des Konkurses Ansprüche eines Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmers etc. aus eigenen Mitteln erfüllt, so wäre nach dem Wortlaute des § 222 die Leistung nicht anfechtbar. Da aber dem Erben ein Masseanspruch zusteht, wenn er nach den Umständen die Zulänglichkeit des Nachlasses annehmen durfte (§ 224 Nr. 1 K.O. mit § 1979 B.G.B.), so wird man den § 222 über seinen Wortlaut hinaus dahin auslegen müssen, dafs die Leistung auch dann anfechtbar ist, wenn der Erbe aus eigenen Mitteln erfüllt und seinen Regrefsanspruch gegen die Masse als Massegläubiger mit Erfolg geltend gemacht hat; denn in diesem Fall ist die Erfüllung auf Nachlafskosten, also indirekt „aus dem Nachlass", erfolgt. Dabei ist zu beachten, dafs dem Erben kein Regrefsanspruch gegen die Masse zusteht, wenn er für die Nachlafsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet

---

Nov. S. 34 geht hervor, dafs dies deswegen geschah, weil die Vorschrift des § 25 Nr. 1 mit dem neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere mit §§ 1391, 1418 Abs. 1 Nr. 1 B.G.B. nicht stimmt. Soweit aber für den Güterstand einer Ehe das bisherige Recht mafsgebend bleibt (Art. 200 Abs. 1 B.G.B.), bleibt die Vorschrift § 25 Nr. 2 der K.O. v. 1877 anwendbar (arg. Art. VI Satz 1 E.G. v. 1898); vgl. o. S. 36 N. 3.

[28] Vgl. Begr. d. Nov. S. 49, Jaeger, Erbenhaftung und Nachlafskonkurs, S. 58.

(§ 2013 Abs. 1 B.G.B., vgl. § 225 Abs. 2 K.O.); in diesem Falle kann also eine aus eigenen Mitteln des Erben erfolgte Leistung an einen Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer etc. niemals angefochten werden.

Die Anfechtung aus § 222 ist nur zulässig, wenn die Leistung im letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses erfolgt ist (arg. § 32 Nr. 1). Frühere Leistungen können aus anderen Gründen (z. B. § 31 Nr. 1) anfechtbar sein[29].

Die unter litt. β entwickelten Sätze finden im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut entsprechende Anwendung (§ 236 Satz 1).

f) Zuwendungen an den stillen Gesellschafter.

Im Konkurs über das Vermögen des Inhabers eines Handelsgeschäfts, bei dem ein stiller Gesellschafter mit einer Vermögenseinlage beteiligt ist, kann die Rückgewähr der Einlage an den stillen Gesellschafter und der Erlafs seines Anteils an dem entstandenen Verlust angefochten werden, wenn die Rückgewähr oder der Erlafs auf einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung beruht. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlafs unter Auflösung der Gesellschaft stattgefundeu hat oder nicht (§ 342 Abs. 1 H.G.B.). Der Erlafs des noch rückständigen, zur Deckung des Verlustanteils nicht erforderlichen Teils der Einlage ist nicht anfechtbar (arg. § 341 Abs. 2 H.G.B.).

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind (§ 342 Abs. 2 H.G.B.). Das hat der stille Gesellschafter zu beweisen.

Die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen oder den stillen Gesellschafter zu begünstigen, ist nicht erforderlich. Das Nichtvorhandensein dieser Absichten schliefst die Anfechtung nicht aus.

3. Für die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers gelten folgende Bestimmungen:

a) Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet auch gegen den Erben statt (§ 40 Abs. 1). Die durch die Anfechtung entstehende Verpflichtung zur Rückgewähr ist eine Nach-

[29] Bei der Anfechtung aus § 222 hat der gutgläubige Empfänger die Leistung nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist (arg. § 37 Abs. 2).

lafsverbindlichkeit (§ 1967 B.G.B.). Für deren Erfüllung haftet der Erbe nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Nach diesen bemifst sich auch die Haftung mehrerer Erben (§§ 2058 bis 2060 B.G.B.). Hat der Gemeinschuldner den Anfechtungsgegner beerbt, so ist zu unterscheiden, ob die Erbschaft zur Masse gehört oder nicht. In jenem Fall ist die Anfechtung gegenstandslos, in diesem findet die Anfechtung gegen den Gemeinschuldner als Erben statt.

Die vorstehenden Sätze gelten auch im Verhältnisse zu dem Nacherben des Erblassers, ferner zu dem Erben und Nacherben des Erben und des Sondernachfolgers, gegen den die Anfechtung begründet ist.

b) Gegen einen anderen Rechtsnachfolger (Sondernachfolger) desjenigen, gegenüber welchem die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

α) wenn dem Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, die die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, bekannt waren (§ 40 Abs. 2 Nr. 1). Aus welchen Umständen (§§ 30 bis 32) die Anfechtung gegen den Vorgänger begründet ist, ist einerlei.

Die Kenntnis der Umstände mufs im Prozesse von dem Anfechtenden bewiesen werden[80]. Gehört jedoch der Rechtsnachfolger zu den in § 31 Nr. 2 genannten Personen, so hat im Prozesse nicht der Anfechtende zu beweisen, dafs der Nachfolger jene Umstände kannte, sondern dieser mufs beweisen, dafs ihm die Umstände, die die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Vorgängers begründen, unbekannt waren (§ 40 Abs. 2 Nr. 2);

β) wenn dem Sondernachfolger das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist (§ 40 Abs. 2 Nr. 3). Eine auf Billigkeits-

[80] Wird z. B. die Anfechtung auf § 30 Nr. 1 Halbs. 1 gestützt, so mufs der Anfechtende beweisen, dafs der Vorgänger durch ein Rechtsgeschäft von dem Gemeinschuldner erworben hat, bei dessen Eingehung dem Vorgänger die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, ferner, dafs der Nachfolger von der Art des Erwerbes und von der Kenntnis des Vorgängers von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage zur Zeit seines Erwerbs gewufst hat. Bei der Anfechtung aus § 30 Nr. 2 oder aus § 31 Nr. 2 kommen dem Anfechtenden auch im Prozesse gegen den Nachfolger die dort aufgestellten Vermutungen zu statten, insofern es genügt, wenn er beweist, dafs der Nachfolger die diese Vermutung begründenden Umstände, also z. B. im Falle des § 30 Nr. 2 die Vornahme der Rechtshandlung in der kritischen Zeit und die Inkongruenz der Befriedigung, kannte.

rücksichten beruhende Bestimmung, die mit den Vorschriften in § 816 Abs. 1 Satz 2 und in § 822 B.G.B. verwandt ist.

Bei mehrmaliger Sondernachfolge mufs die Anfechtung gegen alle Vorgänger begründet sein[81]. Wenn also ein Rechtsnachfolger in der Reihe ist, gegen den die Anfechtung nicht stattfinden kann, so sind dessen Nachfolger, auch wenn in ihrer Person die Voraussetzungen des § 40 zutreffen, gegen die Anfechtung geschützt.

Ist der Gemeinschuldner Sonderrechtsnachfolger des ersten Erwerbers, so kann sich die Anfechtung gegen ihn richten, wenn der Erwerb nach der Konkurseröffnung erfolgt ist und daher nicht zur Masse gehört.

Die Anfechtung und der daraus entstehende Anspruch auf Zurückgewährung (§ 37) kann gleichzeitig oder successiv gegen den ersten Erwerber und gegen den oder die Sondernachfolger geltend gemacht werden[82]. Soweit einer der Genannten zurückgewährt hat, wird der andere befreit, da die Gläubigerschaft nicht mehr als einmalige Zurückgewährung beanspruchen kann.

§ 37.

4. Das Recht zur Anfechtung und der Anfechtungsanspruch.

Während aufserhalb des Konkurses die einzelnen Gläubiger zur Anfechtung berechtigt sind (§ 2 Anf.-Ges.), steht im Konkurse dieses Recht der Gläubigerschaft zu. Diese übt das Recht durch ihr Organ, den Konkursverwalter, aus (§ 36)[1].

Während des Konkurses ist das Recht, eine die Konkursmasse

---

[81] Vgl. Begr. d. Nov. S. 34. Nach der alten Fassung war das bestritten.

[82] Vgl. R.G. in S.A. XLIX Nr. 160.

[1] Dafs der Verwalter als „Vertreter der Gläubiger" anficht, ist die herrschende Ansicht; vgl. a. R.G. in S.A. XLIV Nr. 285, Beitr. z. Erl. d. D.R. XXXV S. 1166. Dafs er als Organ der Gemeinschaft handelt, wird nur von wenigen (z. B. Kohler, Lehrb. S. 210) erkannt. Das österr. Anf. Ges. v. 16. Mai 1884 § 16 sagt direkt: „Zur Anfechtung ist die Gläubigerschaft, vertreten durch den Masseverwalter, berufen". — Um die Konstruktion zu retten, dafs der Verwalter den Gemeinschuldner bei der Verwaltung der Masse vertrete, haben sich einige Schriftsteller bis zu der Behauptung verstiegen, dafs der Verwalter auch als Vertreter des Gemeinschuldners anfechte, wonach also diesem das Anfechtungsrecht zustände! So Fitting § 17 N. 1; Endemann S. 275; Petersen, Ztschr. f. d. C.Pr. IX S. 45 ff. und Sächs. Arch. I S. 36 ff. Dagegen insbes. L. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm. etc. I S. 149 ff.

betreffende Rechtshandlung anzufechten, Monopol der Gläubigerschaft und dessen Ausübung Monopol des Verwalters. Der einzelne Gläubiger kann das Recht nicht ausüben, weder für sich noch für die Gläubigerschaft, auch nicht, wenn der Verwalter das Recht nicht ausüben will[2].

Zufolge des Monopols kann ein vor der Konkurseröffnung von einem Konkursgläubiger erhobener Anspruch aus dem Anfechtungsrechte nicht mehr von dem Gläubiger, sondern nur von dem Verwalter verfolgt werden (§ 13 Abs. 1 Anf.-Ges.). Hatte der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erwirkt, so steht dessen Realisierung dem Verwalter zu[3]. Ist das Verfahren noch rechtshängig, so wird es unterbrochen. Bei Verzögerung der Aufnahme kommt § 239 C.Pr.O. zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der §§ 37 bis 39, 41 K.O. in Gemäfsheit der §§ 268, 529 C.Pr.O. erweitern; die Erweiterung gilt nicht als Änderung der Klage. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann der Streit rücksichtlich der Prozefskosten von jeder Partei aufgenommen werden; nicht rücksichtlich der Hauptsache, weil dem Gläubiger die legitimatio ad causam fehlt. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugnis des Verwalters, nach den Vorschriften der K.O. das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen (§ 13 Abs. 2 Anf.-Ges.).

Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner in Ansehung seines nicht zur Konkursmasse gehörenden Vermögens vorgenommen hat, können von den einzelnen Gläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Mafsgabe des Anfechtungsgesetzes angefochten werden (§ 13 Abs. 5 Anf.-Ges.). Prozesse über derartige Anfechtungsansprüche werden also durch die Konkurseröffnung nicht berührt.

Der Verwalter kann weder das Anfechtungsrecht noch den aus der Anfechtung entspringenden Anspruch abtreten[4], weil das Anfechtungsrecht und der Anspruch Anhängsel der Forderungs-

---

[2] In dieser Beziehung weicht das jetzige Recht von dem früheren gem. Rechte (vgl. S.A. XV Nr. 198), der preufs. K.O. § 112 Abs. 1 und der bayer. Pr.O. § 1230 Abs. 1 ab. — Auch ein Gläubiger, der nicht Konkursgläubiger ist, kann eine Rechtshandlung, die einen der Konkursmasse entzogenen Gegenstand betrifft, nicht anfechten.

[3] Er bedarf dazu einer Vollstreckungsklausel nach § 727 C.Pr.O.; vgl. R.G.Entsch. XXX S. 70.

[4] Vgl. Menzel S. 301, R.G. XXX Entsch. S. 72 ff. A.M.: Cosack S. 304 f., 329, 363; Deybeck, Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XVII S. 366 ff.; teilweise auch v. Wilmowski § 29 N. 2 Abs. 1; Petersen u. Kleinfeller § 29 N. 1.

rechte der Konkursgläubiger sind und er die Forderungen der Konkursgläubiger nicht abtreten kann.

Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner (vgl. § 143 B.G.B.). Die Erklärung bedarf keiner Form; sie kann durch schlüssige Handlungen erfolgen und im Prozesse abgegeben werden. Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; die §§ 130 bis 132 B.G.B. finden darauf Anwendung. Anfechtungsgegner ist der Erwerber.

Aus der Anfechtung entspringt ein Anspruch auf Rückgewähr dessen, was durch die angefochtene Handlung veräufsert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse (§ 37). Diesen Anspruch kann man den Anfechtungsanspruch nennen (so Anf.-Ges. § 13 Abs. 1).

Die Anfechtung hat nicht zur Folge, dafs die angefochtene Rechtshandlung als nichtig oder als relativ unwirksam angesehen wird, sondern begründet nur eine Verbindlichkeit des Erwerbers zur Rückgewähr. Der Anspruch auf Rückgewähr ist kein dinglicher Anspruch, sondern eine Forderung.

Daher wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner durch die Anfechtung selbst nicht berührt. Die Rückgewähr kann aber auf dieses Verhältnis einwirken, indem sie die Leistung, die der Anfechtungsgegner von dem Gemeinschuldner empfangen hat, rückgängig macht.

Daraus, dafs die Anfechtung keine dingliche Wirkung hat, ergiebt sich eine Reihe von negativen Konsequenzen. Für die Klage auf Rückgewähr ist der Gerichtsstand des § 24 C.Pr.O. nicht begründet. Auch nicht der des § 29 C.Pr.O., denn die Klage geht nicht auf Aufhebung des angefochtenen Vertrags[5]. Die Klage macht den Gegenstand, der zurückzugewähren ist, nicht zu einer res litigiosa im Sinne des § 265 C.Pr.O. Der Anspruch auf Rückgewähr ist nicht geeignet, eine Widerspruchsklage nach § 771 C.Pr.O. zu begründen; denn eine anfechtbare Vollstreckungshandlung enthält keinen Eingriff in das Vermögen des Anfechtungsberechtigten[6]. Im Konkurse des Anfechtungsgegners begründet die Anfechtung kein Aussonderungsrecht[7].

---

[5] Vgl. R.G. Entsch. XXX S. 402, Beitr. z. E. d. D.R. XXXVIII S. 489.

[6] Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm, Z. Dogmengeschichte u. Dogmatik der Freigebung fremder Sachen, 3. Heft S. 80 N. 1, vgl. m. S. 27, 28; L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. XX S. 75 ff. A.M. R.G.Entsch. XVIII S. 393 ff., XXX S. 397 f., XL S. 372, S.A. XXXVI Nr. 169, Beitr. z. Erl. d. D.R. XXXVIII S. 180 u. 492.

[7] Vgl. R.G.Entsch. XIII S. 5, XL S. 5.

Die Art und Weise der Rückgewähr gestaltet sich verschieden:

a) Ist der Erwerb einer nicht vertretbaren Sache angefochten, so hat der Anfechtungsgegner die Sache dem Verwalter herauszugeben. Da der Verwalter die Zwangsversteigerung eines Grundstücks nicht betreiben kann, ohne dafs der Gemeinschuldner im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist (§§ 17, 172 Zw.V.G.), so ist der Anfechtungsgegner verpflichtet, die Eintragung des Gemeinschuldners (nicht des Verwalters) zu bewirken. Entsprechend verhält es sich mit anderen Gegenständen, in die die Immobiliarexekution stattfindet (vgl. § 864 C.Pr.O.).

Vom Eintritte der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs an bestimmt sich der Anspruch der Gläubigerschaft auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde — z. B. Veräufserung — eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten (vgl. § 989 B.G.B.), soweit sich nicht aus dem Verzuge des Anfechtungsgegners zu Gunsten der Gläubigerschaft ein Anderes ergiebt (arg. § 292 Abs. 1 B.G.B.).

War der Anfechtungsgegner in Verzug[8], so hat er jede Fahrlässigkeit zu vertreten und ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, dafs der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (§ 287 B.G.B.).

War er nicht in Verzug, so wird er von der Verpflichtung zur Herausgabe frei, soweit die Herausgabe infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird (§ 275 B.G.B.). Der Anfechtungsgegner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 B.G.B.); die Vorschrift des § 278 Satz 1 B.G.B. findet Anwendung.

Soweit die Herausgabe infolge eines von dem Anfechtungsgegner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat er dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 280 B.G.B.). Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kommt § 280 Abs. 2 B.G.B. zur Anwendung.

Erlangt der Anfechtungsgegner infolge des Umstandes, der

---

[8] In der Anfechtungserklärung wird regelmäfsig die Mahnung liegen; aber es ist möglich, dafs der Anfechtungsgegner nicht schon durch die Anfechtung in Verzug kommt (arg. § 285 B.G.B.).

die Leistung unmöglich macht, für den herauszugebenden Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann die Gläubigerschaft die Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen (§ 281 B.G.B.).

Der Anfechtungsgegner hat der Gläubigerschaft die Nutzungen (im Sinne des § 100 B.G.B.) herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs gezogen hat, jedoch nur gegen Ersatz der in § 102 B.G.B. bezeichneten Kosten. Für Nutzungen, die er von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an nach den Regeln einer ordnungsmäfsigen Wirtschaft hätte ziehen können, aber nicht gezogen hat, ist er Ersatz zu leisten verpflichtet, soweit ihn ein Verschulden trifft (arg. § 292 Abs. 2 mit § 987 Abs. 2 B.G.B.). War der Anfechtungsgegner in Verzug, so hat er der Gläubigerschaft für die ihr durch den Verzug entgangenen Nutzungen Schadensersatz zu leisten (§ 286 Abs. 1 B.G.B.). Eine Verpflichtung zur Herausgabe oder Vergütung der vor Eintritt der Rechtshängigkeit oder des Verzugs gezogenen oder zu ziehenden Nutzungen läfst sich nicht konstruieren, da die Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners weder auf ungerechtfertigter Bereicherung noch auf Delikt beruht.

In Ansehung der Verwendungen auf die herauszugebende Sache gilt folgendes. Solange der Anfechtungsgegner gutgläubig ist, d. h. von der Anfechtbarkeit seines Erwerbes nichts weifs, kann er Ersatz für die notwendigen Verwendungen, für die anderen aber nur soweit verlangen, als der Wert der Sache durch sie noch zur Zeit der Herausgabe erhöht ist (nach Analogie der §§ 994 Abs. 1, 996 B.G.B.). Ist der Anfechtungsgegner bösgläubig oder ist der Anfechtungsanspruch rechtshängig, so kann er nur Ersatz für die notwendigen Verwendungen, und zwar nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. B.G.B.), verlangen (arg. §§ 292 Abs. 2, 994 Abs. 2, 990 B.G.B.). Ist ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben, so kommt § 998 B.G.B. zur Anwendung.

Der Anfechtungsgegner hat wegen seines Ersatzanspruchs das Zurückbehaltungsrecht, wenn nicht der Erwerb auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht (§ 1000 B.G.B.).

Für den Ersatzanspruch gelten die Vorschriften der §§ 1001 bis 1003 B.G.B.

b) Ist der Erwerb einer vertretbaren Sache angefochten, so hat der Anfechtungsschuldner dem Verwalter Sachen derselben Art in derselben Menge zu leisten. Während des Verzugs und

vom Eintritte der Rechtshängigkeit an ist eine Geldschuld zu verzinsen (arg. §§ 288 Abs. 1, 291 B.G.B.).

c) Ist die Übertragung einer Forderung oder eines anderen Rechts angefochten, so hat der Anfechtungsgegner das Recht an den Gemeinschuldner zurück zu übertragen, damit es von dem Verwalter verwertet werden kann. In Betreff der Unmöglichkeit der Restitution, sowie in Ansehung der Nutzungen und der Verwendungen gelten die ad a entwickelten Sätze.

d) Ist die Begründung einer Forderung angefochten, so besteht die Rückgewähr darin, dafs der betreffende Gläubiger die Beteiligung am Konkurse unterläfst. Versucht er sich zu beteiligen, so kann der Verwalter widersprechen und die Zurückweisung erwirken.

e) Ist die Begründung eines anderen Rechts angefochten — z. B. eines Nieſsbrauchs, einer Hypothek, eines Pfandrechts — so besteht die Rückgewähr darin, dafs der Erwerber auf die Geltendmachung dieses Rechts gegenüber der Gläubigerschaft verzichtet. Soweit ein Recht in das Grundbuch oder das Schiffsregister eingetragen ist, mufs der Anfechtungsgegner den Eintrag löschen lassen, um die Verwertung ohne die Belastung zu ermöglichen. Im übrigen gelten die ad a entwickelten Sätze.

Ad a bis e:

Die vorstehenden Sätze modifizieren sich, wenn sich die Anfechtbarkeit gegen den ersten Erwerber oder gegen einen Sondernachfolger auf Freigebigkeit (§§ 32, 40 Abs. 2) oder auf § 222 gründet. Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist (§§ 37 Abs. 2, 40 Abs. 2). Gutgläubig ist der Empfänger, der nichts von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners und auch nichts von einer Zahlungseinstellung oder einem Konkurseröffnungsantrage weifs. Der böse Glaube mufs bewiesen werden. Die Verpflichtung zur Herausgabe beschränkt sich auf dasjenige, was von dem Erwerbe sowie den Nutzungen oder als Ersatz dafür zur Zeit der Anfechtung in dem Vermögen des Anfechtungsgegners vorhanden ist (vgl. § 818 Abs. 1 bis 3 B.G.B.). Den Wegfall der Bereicherung hat der Anfechtungsgegner zu beweisen. Worauf der Wegfall beruht, ist unerheblich. Wurde das Empfangene zum Vorteile des Empfängers verwendet, ohne dafs ein Ersatzwert erworben oder eine notwendige Ausgabe erspart worden ist, so ist keine Bereicherung vorhanden. Die bevorzugte

Stellung des Empfängers cessiert von dem Zeitpunkt, wo dessen guter Glaube aufhört. Nach Eintritt des Verzugs haftet der Anfechtungsgegner nach den allgemeinen Vorschriften. Ebenso nach Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4 B.G.B.).

Da die Rückgewähr nicht dazu führen darf, dafs die Konkursmasse mehr erhält, als ihr entfremdet worden ist, so ist die Gegenleistung, die der Anfechtungsgegner dem Gemeinschuldner gemacht hat, aus der Masse zu erstatten, soweit sie sich in der Masse befindet oder soweit die Masse um sie bereichert ist (§ 38 Satz 1). Bereichert ist die Masse um die Gegenleistung, wenn ein Ersatzwert in der Masse ist (vgl. § 818 Abs. 1 B.G.B.). Entscheidend ist der Zeitpunkt der Rückgewähr. Wegen des Erstattungsanspruchs hat der Anfechtungsgegner ein Zurückbehaltungsrecht (arg. § 273 B.G.B.). Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber der Klage des Verwalters führt zur Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug (§ 274 B.G.B.). Bei Gleichartigkeit der Gegenstände des Anspruchs der Gläubigerschaft und des Erstattungsanspruchs ist eine Aufrechnung möglich. Der Erstattungsanspruch kann auch durch Klage gegen die Gläubigerschaft verfolgt werden. Er ist Masseanspruch im Sinne des § 59 Nr. 3.

Daraus, dafs die Rückgewähr Leistungen des Gemeinschuldners rückgängig macht, können Ansprüche des Anfechtungsgegners gegen den Gemeinschuldner wegen Nichterfüllung von Verpflichtungen entstehen[9]. Solche Ansprüche gegen den Gemeinschuldner können, obwohl sie erst nach der Konkurseröffnung entstehen, als Konkursforderungen geltend gemacht werden (§ 38 Satz 2), weil sie aus älteren Rechtsverhältnissen herrühren.

Durch die Rückgewähr einer Leistung, die zur Befriedigung einer Forderung erfolgt war, tritt die Forderung wieder in Kraft (§ 39). Auch diese Forderung kann aus dem oben angegebenen Grund als Konkursforderung geltend gemacht werden. Mit der Forderung leben auch die Hypothek und das Pfandrecht wieder auf[10], soweit nicht ein anderer, von der Erfüllung unabhängiger Erlöschungsgrund, z. B. Löschung der Hypothek, Aufhören des

---

[9] Z. B. der Käufer hat den Kaufgegenstand zurückgewährt. Dann ist die Lage wieder hergestellt, wie vor der Erfüllung. Der Käufer kann von dem Verkäufer-Gemeinschuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten und den Preis zurückfordern.

[10] Vgl. R.G.Entsch. III S. 208, XX S. 161.

Pfandbesitzes, im Wege steht. Steht ein solcher im Wege, so kann der Anfechtungsgegner von der Gläubigerschaft die Wiederherstellung verlangen, soweit die Masse durch das Erlöschen bereichert ist (arg. § 38 Satz 1). Auch die Haftung eines Bürgen oder Mitschuldners lebt wieder auf, weil diese für eine Befriedigung haften, die nicht rückgängig gemacht werden kann.

Was infolge der Anfechtung zurückgewährt wird, kommt allen Konkursforderungen zu gut. Nur im Nachlafskonkurse gilt eine Ausnahme. Das Zurückgewährte darf nicht zur Berichtigung eines Pflichtteilsanspruches, eines Vermächtnisses oder einer Auflage verwendet werden (§ 228 Abs. 1), weil die Gläubiger dieser Verbindlichkeiten keine Gläubiger des Erblassers waren[11]. Ebenso verhält es sich im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Gesamtgutskonkurse (§ 236 Satz 1).

Der die Anfechtung begründende Thatbestand *mufs nicht*, aber er *kann* den Thatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des B.G.B., d. i. einer schuldhaften rechtswidrigen Verletzung des einem Anderen zustehenden Rechts, enthalten (vgl. § 823 B.G.B.). Als Objekt der Verletzung kommen die Forderungsrechte der einzelnen Gläubiger in Betracht. Es ist ebenso klar, dafs die Schenkung eines zahlungsfähigen Schenkers und deren Annahme keine unerlaubten Handlungen sind, als es klar ist, dafs der Schuldner, der in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, Vermögensstücke bei Seite schafft, und derjenige, welcher ihm dabei durch Annahme der Vermögensstücke Hülfe leistet, unerlaubte Handlungen begehen (vgl. §§ 823, 826 B.G.B., § 239 Abs. 1 Nr. 1 K.O.). In der Mitte liegen Thatbestände der Anfechtbarkeit, in denen das Vorhandensein eines Delikts von den konkreten Umständen abhängt.

Ergiebt ein konkreter Thatbestand die Anfechtbarkeit *und* das Vorhandensein eines Delikts, so ist der aus der Anfechtbarkeit entspringende Anspruch auf Rückgewähr doch kein Anspruch *aus* einem Delikte, sowenig als der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache dadurch, dafs der Besitzer die Sache gestohlen oder unterschlagen hat, oder der Anspruch des Besitzers auf Restitution des durch widerrechtliche Eigenmacht entzogenen Besitzes (§ 861 B.G.B.) dadurch, dafs die Sache

[11] Folglich ist dem Anfechtungsgegner zurückzuerstatten, was nach Befriedigung der anderen Gläubiger übrig bleibt. A.M. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlafskonkurs, S. 73.

geraubt worden ist, zu einem Deliktsanspruche wird. Vielmehr entstehen in solchen Fällen zwei Ansprüche, der Anspruch auf Rückgewähr und der Deliktsanspruch auf Schadensersatz. Jener Anspruch steht der Gläubigerschaft, dieser den einzelnen Konkursgläubigern zu. Der Deliktsanspruch kann nur einem Gläubiger zustehen, dessen Forderung zur Zeit der verletzenden Handlung schon bestanden hat (denn die Verletzung eines künftigen Rechts fällt nicht unter § 823 B.G.B.), während der der Gläubigerschaft zustehende Anfechtungsanspruch auch den Gläubigern zu gut kommt, deren Forderungen erst nach der angefochtenen Rechtshandlung entstanden sind. Der einzelne verletzte Konkursgläubiger kann während des Konkurses seinen deliktischen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Dritten geltend machen; was dieser der Konkursmasse zurückgewährt, geht insoweit, als es bei der Verteilung dem Gläubiger zu gut kommt, von dem Schadensbetrage ab.

Ist hiernach der Anfechtungsanspruch niemals ein Deliktsanspruch, so fällt die dem Anspruch entsprechende Verbindlichkeit in die farblose Kategorie der Obligationen aus gesetzlichen Thatbeständen, die weder Rechtsgeschäfte noch Delikte sind. Auf ungerechtfertigte Bereicherung läfst sich die Verbindlichkeit nicht zurückführen, auch nicht in den Fällen der §§ 37 Abs. 2, 40 Abs. 2 Nr. 3 Abs. 2, weil es nicht die ungerechtfertigte Bereicherung als solche ist, die die Verbindlichkeit begründet[18].

Weil die Anfechtungsobligation keine Deliktsobligation ist, so ist ihre Entstehung nicht von einem Verschulden (Vorsatz, Fahrlässigkeit) des Verpflichteten abhängig. Das gilt auch für die Anfechtung aus § 31 Nr. 1. Schliefst z. B. ein Bevollmächtigter ohne Wissen des Vollmachtgebers mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag, bei dem der Gemeinschuldner seine Gläubiger zu benachteiligen beabsichtigte und der Bevollmächtigte von dieser Absicht wufste, so begeht möglicherweise der Bevollmächtigte eine schuldhafte unerlaubte Handlung, aber den Vollmachtgeber trifft keine Schuld (von culpa in eligendo kann nicht wohl die Rede sein) und doch ist er und nicht der Bevollmächtigte zur Rückgewähr verpflichtet.

---

[18] Über die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruchs vgl. Mot. S. 126, 134, Cosack S. 15 bis 32; Petersen, Ztschr. f. d. C.Pr. X S. 17 ff., Wilmowski N. 1 vor § 22; Petersen u. Kleinfeller § 22 N. III, Kohler, Lehrb. §§ 39 bis 44.

Aus demselben Grunde kommen bei der Anfechtungsobligation die für Deliktsobligationen geltenden Vorschriften der §§ 273 Abs. 2, 393, 827 bis 830, 1415 Nr. 1, 1463 Nr. 1, 1536 Nr. 3 B.G.B. nicht zur Anwendung.

Der Anfechtungsanspruch kann aufsergerichtlich und gerichtlich geltend gemacht werden. Gerichtlich: durch Klage[13] (nach Umständen auch durch Feststellungsklage nach § 266 C.Pr.O.) und durch Einrede gegen Ansprüche, die aus der anfechtbaren Rechtshandlung hergeleitet sind. Der Anfechtungsanspruch kann im Konkurse des Anfechtungsgegners angemeldet werden.

Die Anfechtung, d. i. die Erklärung des Verwalters, dafs er die Rechtshandlung anfechte, kann nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 2 und des § 207 B.G.B. entsprechende Anwendung. Die Anfechtung aus § 31 Nr. 1 K.O. ist ausgeschlossen, wenn seit der Vornahme der Handlung dreifsig Jahre verstrichen sind (§ 41 Abs. 1). Die beiden Fristen sind keine Verjährungs-, sondern Ausschlufsfristen[14]. Sie werden durch die Abgabe der Anfechtungserklärung gewahrt, also auch durch die Erhebung der diese Erklärung enthaltenden Klage. Ist die Anfechtungserklärung rechtzeitig abgegeben, so entsteht der Anfechtungsanspruch. Von da an läuft die dreifsigjährige Verjährung des Anspruchs (§§ 195, 198 B.G.B.). Die verspätete Anfechtungserklärung erzeugt keinen Anspruch.

Ist durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet, so kann der Konkursverwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung durch den Ablauf der in § 41 Abs. 1 bestimmten Fristen ausgeschlossen ist (§ 41 Abs. 2). Der Verwalter kann also die Forderung, die auf einer anfechtbaren Rechtshandlung beruht, durch Einrede

---

[13] Nach dem Obigen ist der Gerichtsstand des § 32 C.Pr.O. für die Klage niemals gegeben. Das R.G. hat den Gerichtsstand bejaht für die Anfechtung aus § 31 Nr. 1 K.O. in S.A. XXXVIII Nr. 168, Beitr. z. E. d. D.R. XXVIII S. 1124, verneint für die Fälle des § 30 K.O. in Entsch. X S. 325, XXI S. 420 (verein. Civ.Sen.). — Der Übergang von einem Anfechtungsgrunde zum anderen ist nach der von L. Seuffert, Komm. z. C.Pr.O. § 230 (alt) N. 3 IV verteidigten Ansicht keine Änderung der Klage. A.M.: R.G.Entsch. XXII S. 389 und Bl. f. R.A. IX. E.B. S. 109.

[14] Vgl. Begr. d. Nov. S. 35, Komm.Ber. v. 1898 S. 12 f. — Gleichartige Fristen s. §§ 121 Abs. 2, 124, 1339, 1594, 1944, 2082, 2283, 2340 Abs. 3 B.G.B.

vom Konkurs ausschliefsen, auch wenn jene Fristen abgelaufen sind[15].

Mit Beendigung des Konkurses hört das Anfechtungsrecht der Gläubigerschaft auf. Eine nachträgliche Anfechtung von Seite des Verwalters ist unwirksam. Wird das Konkursverfahren wieder aufgenommen (§ 198), so lebt das Anfechtungsrecht der Gläubigerschaft wieder auf (vgl. § 199).

Mit Beendigung des Konkurses erlangen die einzelnen Gläubiger wieder die Befugnis zur Anfechtung nach Mafsgabe des Anfechtungsgesetzes. Die einzelnen Gläubiger können auch Anfechtungsansprüche, die ihnen vor der Eröffnung des Verfahrens zustanden und mit der Eröffnung auf den Verwalter übergingen (§ 13 Abs. 1 Anf.-Ges.), weiter verfolgen, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einwendungen (z. B. der Erfüllung, des Vergleichs) gegen den Verwalter erlangt sind (§ 13 Abs. 4 Anf.-Ges.).

Die Beendigung des Konkurses wirkt auf anhängige Prozesse über Anfechtungsansprüche je nach der Art der Beendigung verschieden[16].

Bei Aufhebung des Konkurses auf Grund einer Schlussverteilung (§ 163) bleibt der Konkursverwalter zur Fortführung der anhängigen Prozesse legitimiert[17]. Wurde eine Forderung auf Grund des Anfechtungsrechts vom Verwalter bestritten, so ist der Prozefs wie ein anderer Prozefs über eine bestrittene Forderung durchzuführen. Ist ein Anfechtungsprozefs anhängig, der die Heranziehung eines Gegenstandes zur Masse bezweckt, so wird regelmäfsig die Schlufsverteilung nicht vorgenommen werden, weil die Verwertung der Masse noch nicht beendigt ist (vgl. § 161 Abs. 1). Geschieht dies gleichwohl, so ist der Prozefs vom Verwalter auf Rechnung der Gläubigerschaft durchzuführen und eventuell eine Nachtragsverteilung vorzunehmen.

Bei Aufhebung des Konkurses nach Zwangsvergleich (§ 190) werden die anhängigen Anfechtungsprozesse gegenstandslos; der Anfechtungsanspruch der Gläubigerschaft erlischt. Er kann nicht auf den Gemeinschuldner übergehen, da er von den Forderungsrechten der Gläubiger nicht trennbar ist[18]. Die Prozesse können jedoch nach Erledigung der Hauptsache bezüglich der Kosten fortgeführt

---

[15] Ähnliche Bestimmungen s. §§ 478 Abs. 1, 821, 853, 2083 B.G.B.

[16] Vgl. Kohler, Arch. f. civ. Pr. LXXXI S. 354, 359 ff.

[17] Vgl. R.G.Entsch. XXVIII Nr. 12 S. 69 f.

[18] Vgl. oben S. 219 f. und R.G.Entsch. VII S. 35.

werden, aber nicht mit dem Verwalter, sondern mit dem Gemeinschuldner. Der eventuelle Anspruch des Prozeſsgegners auf Kostenerstattung ist Masseanspruch (§ 59 Nr. 1); da er bestritten ist, ist er vom Verwalter aus der Konkursmasse sicher zu stellen (§ 191 Abs. 1). Damit ist aber die Funktion des Verwalters zu Ende. Die gestellte Sicherheit gehört, wenn und soweit sie nicht zur Kostenerstattung an den Prozeſsgegner absorbiert wird, wie die sonstige Konkursmasse dem Gemeinschuldner; dieser muſs daher auch den Prozeſs über die Kosten mit dem Gegner führen. Wird der Gegner in die Kosten verurteilt, so steht der Erstattungsanspruch dem Gemeinschuldner zu[19]. Über die Prozeſskosten ist so zu entscheiden, wie darüber zu entscheiden gewesen wäre, wenn über die erledigte Hauptsache und über die Kosten zu entscheiden gewesen wäre. Hatte der Verwalter bereits ein Urteil gegen den Anfechtungsschuldner erwirkt, das aber von diesem noch nicht erfüllt ist, so erlischt der Anspruch in der Hauptsache; der Kostenerstattungsanspruch fällt dem Gemeinschuldner zu (arg. § 192). Ansprüche des Anfechtungsgegners aus §§ 38, 39 kommen erst bei der thatsächlichen Rückgewähr zur Geltung, fallen also endgültig weg, wenn die Rückgewähr nicht erfolgt ist. Über diejenigen Gegenstände, welche zur Masse zurückgewährt worden sind, erhält der Gemeinschuldner freie Verfügung (arg. § 192). Dann kann der Anfechtungsgegner im Falle des § 39 für seine Forderung die Vergleichsdividende fordern. Dies kann er nicht, wenn er das Empfangene noch nicht zurückgewährt hat.

Bei Einstellung des Verfahrens (§§ 202, 204) gilt in Ansehung anhängiger Anfechtungsprozesse dasselbe wie bei Aufhebung nach Zwangsvergleich.

§ 38.

XI. Der Einfluſs der Konkurseröffnung auf die Aufrechnung[1].

Forderungen, die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehen, sind, soweit sie pfändbar sind, als Bestandteile

[19] Vgl. v. Wilmowski § 22 N. 3, Kohler a. a. O. S. 354, L.G. Freiburg, Ztschr. f. d. C.Pr. XIX S. 478. A.M. v. Lang eod. XXI S. 421 ff.

[1] Vgl H. Dernburg, Geschichte u. Theorie der Kompensation (2), § 51, E. v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Compensation im Concurse nach österr. Rechte und mit Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs 1881, Endemann § 38, Kohler, Lehrb. S. 123 ff., Oetker, Grundbegr. I S. 231 ff., 458.

der Konkursmasse durch die Konkurseröffnung beschlagnahmt worden.

Nach allgemeinen Grundsätzen wird durch die Beschlagnahme einer Forderung die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger (Gemeinschuldner) zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme oder später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist (§ 392 B.G.B.).

Da die Konkurseröffnung die Beschlagnahme der Forderungen des Gemeinschuldners enthält, so ist jene Regel in der K.O. wiederholt (§§ 53, 55 Nr. 1, 2), jedoch mit einigen Modifikationen und Ergänzungen (§§ 54, 55 Nr. 3, 56).

Im Übrigen gelten die Vorschriften des B.G.B. auch während des Konkurses. Es gilt also die Regel, dafs nur der Schuldner (nicht ein Dritter), dafs der Schuldner nur seine Forderung (nicht die Forderung eine Dritten) und dafs man nur eine Forderung gegen den Gläubiger (nicht eine Forderung gegen einen Dritten) aufrechnen kann (§ 387 B.G.B.), samt den sich aus den §§ 268 Abs. 2, 407, 417, 1224, 1249, 1376 Nr. 2, 2040 Abs. 2 B.G.B. ergebenden Ausnahmen; es gelten die Vorschriften über die Art und Weise der Aufrechnung (§ 388), über deren Wirkung (§ 389) über die Aufrechnung einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht (§ 390), über die Aufrechnung von Forderungen mit verschiedenen Leistungs- und Ablieferungsorten (§ 391), über Ausschliefsung der Aufrechnung gegen gewisse Forderungen (§§ 393 bis 395), über die Aufrechnung bei mehreren Schuldposten (§ 396), über Aufrechnung bei einem Gesamtschuldverhältnis (§§ 422), über die dem Bürgen zustehende Einrede, wenn der Hauptschuldner den Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann (§ 770 Abs. 2 vgl. a. §§ 1137, 1211) und über die Aufrechnung gegen Forderungen des Erben (§§ 1977, 2040 Abs. 2 B.G.B.).

Im Einzelnen ergiebt sich:

1. Der Schuldner einer zur Konkursmasse gehörenden Forderung kann seine zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung gegen den Gemeinschuldner gegen jene aufrechnen (§ 53).

Er kann dies thun, einerlei ob seine Forderung eine Konkursforderung oder durch § 63 vom Konkurs ausgeschlossen ist.

Ist seine Forderung eine Konkursforderung, so wird die Aufrechnung, abweichend von § 387 B.G.B., nicht dadurch ausge-

schlossen, daſs zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder eine von ihnen noch betagt oder bedingt oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war (§ 54 Abs. 1).

a) Eine betagte Konkursforderung ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften des § 65 zu berechnen; also, wenn sie unverzinslich ist, um den Zwischenzins zu kürzen (§ 54 Abs. 2). Eine betagte Forderung des Gemeinschuldners wird nach dem Nennwerte berechnet. Die Aufrechnung ist möglich, auch wenn der Konkursgläubiger oder der Gemeinschuldner nicht befugt ist, die ihm obliegende Leistung nicht vor der Fälligkeit zu bewirken.

b) Eine Konkursforderung, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch aufschiebend bedingt war, kann aufgerechnet werden, wenn die Bedingung nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt, einerlei, ob vor oder nach der Beendigung des Konkursverfahrens. Bevor die Bedingung eingetreten ist, ist keine Aufrechnung möglich. Der Gläubiger der bedingten Forderung kann also von dem Verwalter angehalten werden, seine Schuld an ihn zu bezahlen; er kann sich aber durch die Erklärung, daſs er die bedingte Forderung für den Fall des Eintritts der Bedingung aufrechne, einen bedingten Anspruch gegen die Gläubigerschaft auf Erstattung des bezahlten Betrags bis zur Höhe seiner Forderung verschaffen und verlangen, daſs dieser Erstattungsanspruch im Konkurse sichergestellt wird (§ 54 Abs. 3). Die Sicherstellung ist bei der Aufrechnung zu verlangen; diese muſs spätestens bei der Einzahlung erklärt werden. Hat der Gläubiger seine Schuld erfüllt, so kann er nicht mehr aufrechnen.

Der zur Sicherheit hinterlegte Betrag flieſst für die Schlussverteilung zur gemeinen Konkursmasse zurück, wenn die Bedingung bis dahin nicht eingetreten und die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung so entfernt ist, daſs die bedingte Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat (§ 171).

Rechnet der Konkursgläubiger seine Forderung gegen eine bedingte Forderung des Gemeinschuldners auf, so muſs er auf die Chance des Ausfalls der Bedingung verzichten. Daher wird er eine solche Aufrechnung nur vornehmen, wenn der Ausfall der Bedingung sehr wenig wahrscheinlich ist.

c) Eine nicht auf Geld gerichtete Konkursforderung ist zum Zwecke der Aufrechnung gegen eine Geldforderung nach den Vorschriften der §§ 69, 70 zu berechnen (§ 54 Abs. 4).

Ist die Forderung des Schuldners durch die Vorschriften des § 63 vom Konkurs ausgeschlossen, so kommen die sich aus § 54 ergebenden Erleichterungen der Aufrechnung nicht zur Anwendung; die Zulässigkeit der Aufrechnung ist lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

2. Der Schuldner einer nach der Konkurseröffnung aus Rechtsgeschäften des Verwalters oder sonstigen Thatbeständen für die Gläubigerschaft entstandenen Forderung kann seine vor oder nach der Konkurseröffnung entstandene Forderung gegen den Gemeinschuldner nicht gegen jene aufrechnen (§ 55 Nr. 1), weil jene Forderung nicht dem Gemeinschuldner, sondern der Gläubigerschaft zusteht.

3. Der Schuldner einer zur Konkursmasse gehörenden Forderung des Gemeinschuldners kann eine nach der Konkurseröffnung erworbene Forderung an den Gemeinschuldner nicht gegen jene aufrechnen; und zwar nicht bloſs, wenn seine Forderung erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, sondern auch, wenn diese Forderung schon vor der Konkurseröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war und erst nach der Eröffnung von dem Schuldner erworben wurde (§ 55 Nr. 2). Es ist einerlei, ob der abgeleitete Erwerb auf Gesamt- oder auf Sonderrechtsnachfolge beruht und ob der Erwerber die Konkurseröffnung kannte oder nicht.

4. Der Schuldner einer zur Konkursmasse gehörenden Forderung kann eine vor der Konkurseröffnung durch Rechtsgeschäfte mit dem Gemeinschuldner, durch Abtretung[2] oder Befriedigung eines Gläubigers[3] erworbene Forderung an den Gemeinschuldner nicht gegen jene aufrechnen, wenn ihm zur Zeit des Erwerbs bekannt war, daſs der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder daſs die Eröffnung des Verfahrens beantragt war (§ 55 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1). Erfolgte der Erwerb früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens, so kann die Aufrechnung nicht wegen Kenntnis der Zahlungseinstellung verwehrt werden (§ 55 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 verb. mit § 33).

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Übernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war[4] und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging,

---

[2] Die gerichtliche Überweisung steht der Abtretung hier nicht gleich.

[3] Vgl. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774, 1143, 1225, 1438, 1519, 1607 Abs. 2 Satz 2, 1709 Abs. 2 B.G.B.

[4] Z. B. als Wechselvormann.

weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntnis hatte (§ 35 Nr. 3 Abs. 2; vgl. a. § 30 Nr. 1).

5. Die Aufrechnung einer Forderung gegen eine zur Konkursmasse gehörende Forderung erfolgt durch (unbedingte und unbetagte) Erklärung gegenüber dem Verwalter (§ 388 B.G.B.)[5]. Ob die Erklärung mit der Anmeldung der Forderung erfolgen kann, ist zweifelhaft, da die Anmeldung an das Gericht, nicht an den Verwalter geht. Man wird sie aber gelten lassen, wenn sie zur Kenntnis des Verwalters gelangt. Die Aufrechnung kann erfolgen bis zur Beendigung des Verfahrens. Weder die Anmeldung noch die Feststellung einer Forderung schliefst deren Aufrechnung aus. Will der Verwalter die Aufrechnung nicht gelten lassen, so mufs er die zur Masse gehörende Forderung einklagen. Auch das ist möglich, dafs der Schuldner gegen den Verwalter auf Feststellung des Nichtbestehens der durch die Aufrechnung erloschenen Forderung klagt.

7. Die für den Konkurs geltenden Besonderheiten hören mit dem Konkurs auf. Die während des Konkurses vollzogene Aufrechnung bleibt aber auch nach Beendigung des Konkurses wirksam.

8. Da das deutsche Konkursrecht im Auslande nicht gilt, kann ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine Forderung aufrechnen, die er nach dem deutschen Recht nicht aufrechnen könnte. Diese Möglichkeit kann durch Abtretung einer Konkursforderung an einen im Auslande wohnenden Schuldner herbeigeführt werden. Wer nach der Konkurseröffnung, wenn auch ohne Kenntnis davon, oder vor der Konkurseröffnung mit Kenntnis des Eröffnungsantrags oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung an einen im Auslande wohnenden Schuldner des Gemeinschuldners abgetreten hat, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, der ihr dadurch entgeht, dafs der Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 55 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt. Erfolgte die Abtretung früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung, so kann die Entschädigung nicht wegen Kenntnis der Zahlungseinstellung verlangt werden (arg. § 33). Ersatzpflichtig ist auch, wer die Forderung nicht direkt an den im Auslande wohnenden Schuldner, sondern zunächst an eine Mittelsperson, aber in der Absicht, damit jener sie erwerbe, abgetreten hat (§ 56 verb. mit § 50). Über die Berechnung

[5] Unrichtig Oetker, Grundbegr. I S. 240.

des zu ersetzenden Betrags und die Natur des Entschädigungsanspruchs s. o. S. 106, 107.

9. Von den Bestimmungen der K.O. nicht berührt, sondern lediglich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist die Aufrechnung einer zur Konkursmasse gehörenden Forderung des Gemeinschuldners gegen die Forderung eines Konkursgläubigers[6], die Aufrechnung einer Konkursforderung gegen eine konkursfreie Forderung des Gemeinschuldners und umgekehrt[7], sowie die Aufrechnung einer Forderung an die Gläubigerschaft gegen eine Forderung der Gläubigerschaft und umgekehrt[8].

10. Eine vor der Konkurseröffnung erfolgte Aufrechnung bleibt vorbehaltlich der sich etwa aus den §§ 29 ff. ergebenden Anfechtbarkeit in Geltung[9].

§ 39.

XII. Sonstige Wirkungen der Konkurseröffnung.

Die in der K.O enthaltenen Bestimmungen über die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die in den §§ 17 bis 23 behandelten

---

[6] Die Aufrechnung steht dem Verwalter zu. Dafs dieser eine Geldforderung gegen eine in Geld umgesetzte Konkursforderung aufrechnen kann, ist nichts Besonderes. — Nur, wenn die Forderung bevorrechtigt oder die Vermögenslage des Konkursgläubigers noch schlechter ist, als die des Kridars, ist die Aufrechnung einer zur Konkursmasse gehörenden Forderung zweckmäfsig.

[7] Die Aufrechnung ist gegenüber dem Gemeinschuldner und von dem Gemeinschuldner zu erklären. Der Aufrechnung einer Konkursforderung gegen eine konkursfreie Forderung des Gemeinschuldners steht der § 14 Abs. 1 K.O. nicht im Wege, da dieser § nur Arrest und Zwangsvollstreckung in das konkursfreie Vermögen untersagt. Vgl. R.G. Entsch. XXVI S. 66 ff. A. M.: Oetker, Grundbegr. I S. 231. — Dadurch dafs der Konkursgläubiger seine Forderung im Konkurse verfolgt, wird die Aufrechnung nicht ausgeschlossen. — Natürlich steht auch die Aufrechnung einer Nichtkonkursforderung gegen eine konkursfreie Forderung des Gemeinschuldners unter der allgemeinen Regel.

[8] Eine solche Aufrechnung ist gegenüber dem Verwalter und von dem Verwalter zu erklären. Als Forderungen an die Gläubigerschaft kommen nicht blofs die Masseansprüche der §§ 58, 59, sondern auch die bei einer Verteilung auf die Gläubiger entfallenden Konkursdividenden in Betracht; es kann also z. B. eine solche Dividendenforderung gegen die Forderung des Kaufpreises für einen aus der Masse gekauften Gegenstand aufgerechnet werden.

[9] Eine Anfechtung ist insbesondere dann möglich, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als er die aufgerechnete Forderung von einem Gläubiger des Gemeinschuldners erwarb, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Arg. § 30 Nr. 1 verb. mit § 45 Nr. 3.

Rechtsverhältnisse sind erschöpfend. Dagegen werden Bestimmungen von Reichs- und Landesgesetzen, die in Ansehung anderer Rechtsverhältnisse besondere Bestimmungen über die Wirkung der Konkurseröffnung enthalten, durch die K.O. nicht berührt (§ 25). Landesrechtliche Bestimmungen kommen übrigens nur in Betracht, soweit sie Rechtsverhältnisse betreffen, deren Normierung nach dem E.G. z. B.G.B. dem Landesrecht überlassen ist.

Reichsgesetzliche Vorschriften des angegebenen Inhalts sind folgende:

1. Ein den Vorschriften des B.G.B. unterworfener privatrechtlicher Verein verliert die Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses über das Vereinsvermögen (§ 42 Abs. 1 B.G.B.). Ob privatrechtliche Vereine, die nicht den Vorschriften des B.G.B., sondern denen der Landesgesetze unterworfen sind (vgl. Art. 65 bis 67, 69, 75 E.G. z. B.G.B.), durch die Konkurseröffnung ihre Rechtsfähigkeit verlieren, bemifst sich nach den Landesgesetzen.

Eine privatrechtliche Stiftung verliert die Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses über das Stiftungsvermögen (§ 86 mit § 42 Abs. 1 B.G.B.).

Ob Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts durch die Eröffnung des Konkurses[1] ihre Rechtsfähigkeit verlieren, ist nach dem Landesrechte zu beurteilen.

Verliert ein Verein etc. durch die Konkurseröffnung die Rechtsfähigkeit, so gilt diese doch für das Konkursverfahren als fortdauernd; nicht diejenigen, an welche das Vermögen des Vereins etc. nach der Auflösung fällt, sind Gemeinschuldner, sondern der Verein etc. ist der Gemeinschuldner. Insoweit dauert auch die Organisation fort, so dafs die Organe im Konkurs als Organe des Gemeinschuldners in Betracht kommen.

Die durch die Konkurseröffnung verlorene Rechtsfähigkeit wird durch Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens nicht wiederhergestellt; sie kann nach den allgemeinen Regeln wieder erlangt werden.

2. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Innung, eines Innungsausschusses oder eines Innungsverbandes hat die Schliefsung der Innung, des Innungsausschusses oder des Innungsverbandes kraft Gesetzes zur Folge (§ 97 Abs. 4, 102 Abs. 4, 104 *l* des R.G., betr. d. Abänd. d. Gew.Ordn., v. 26. Juli 1897).

---

[1] Darüber, ob über das Vermögen einer solchen Körperschaft etc. der Konkurs eröffnet werden kann, s. o. S. 69 f.

3. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft oder Genossenschaft werden aufgelöst:

die offene Handelsgesellschaft (§ 131 Nr. 3 H.G.B.),

die Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 mit § 131 Nr. 3 H.G.B.),

die Aktiengesellschaft (§ 292 Nr. 3 H.G.B.),

die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 330 Abs. 1 mit § 161 Abs. 2 und § 131 Nr. 3 H.G.B.),

die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (§ 101 Gen.Ges., Red. v. 1898),

die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 60 Nr. 4 R.G. 20. Apr. 1892, Red. v. 1898),

Wird über das Vermögen einer nach § 705 B.G.B. eingegangenen Gesellschaft oder einer Reederei der Konkurs eröffnet[2], so wird die Gesellschaft oder die Reederei gleichfalls aufgelöst (nach Analogie der offenen Handelsgesellschaft).

Die mit der Konkurseröffnung eingetretene Auflösung der Gesellschaft oder Genossenschaft hindert nicht, das Gesellschafts- oder Genossenschaftsvermögen während des Konkurses als selbständiges Vermögen zu behandeln.

4. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters werden aufgelöst:

die Gesellschaft des bürgerlichen Gesetzbuches (§ 728 B.G.B., vgl. a. § 54 B.G.B.),

die offene Handelsgesellschaft (§ 131 Nr. 5 H.G.B.),

die Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 mit § 131 Nr. 5 H.G.B.),

die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 330 Abs. 1 mit § 161 Abs. 2 und § 131 Nr. 5 H.G.B.), jedoch nur durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters, nicht durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten (§ 330 Abs. 2 H.G.B.),

Ist in dem Gesellschaftsvertrage bestimmt, dafs die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, wenn der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet wird, dann scheidet der Gesellschafter, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet wird, mit der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft aus (§ 736 B.G.B., §§ 138, 161 Abs. 2, 330 Abs. 1 H.G.B.).

---

[2] Darüber, ob dies zulässig ist, s. o. S. 71, 72 f.

Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Handelsgesellschafters können die übrigen Gesellschafter gegenüber dem Konkursverwalter erklären, dafs die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll; dann gilt der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung als aus der Gesellschaft ausgeschieden (§§ 141 Abs. 2, 161 Abs. 2, 330 Abs. 1 H.G.B.).

Wird eine nach dem B.G.B. § 705 eingegangene Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so ist jeder geschäftsführende Gesellschafter zur einstweiligen Fortführung der ihm übertragenen Geschäfte verpflichtet, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können; die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend (§ 728 Satz 2 mit § 727 Abs. 2 Satz 2, 3 B.G.B.). Auch gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt hat oder sie kennen mufs (§ 729 B.G.B.).

Der geschäftsführende Gesellschafter ist in Ansehung der Ansprüche, die ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach § 728 Satz 2 B.G.B. gegen den Gemeinschuldner zustehen würden, Massegläubiger, weil diese Thätigkeit der Masse zu gut kommt; in Ansehung der ihm nach § 729 B.G.B. zustehenden Ansprüche, ist er, unbeschadet des ihm nach § 51 K.O. zustehenden Absonderungsrechts, Konkursgläubiger, weil der Grund des Anspruchs vor der Konkurseröffnung liegt (§ 28 K.O.).

Die in den zwei letzten Absätzen entwickelten Regeln gelten auch, wenn eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird (arg. Art. 2 Einf.Ges. z. H.G.B.).

Eine Reederei wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Mitreeders nicht aufgelöst (§ 505 Abs. 2 H.G.B.).

5. Die bei dem gesetzlichen Güterstande dem Manne zustehende Verwaltung und Nutznieſsung an dem eingebrachten Gute (sog. Verwaltungsgemeinschaft) endigt mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird (§ 1419 B.G.B.); ebenso die Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1543 B.G.B.)[8].

[8] In diesem Fall kann die Frau auf Wiederherstellung der Gemeinschaft klagen (§ 1547 B.G.B.), und zwar schon während des Konkurses.

Die allgemeine Gütergemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft werden durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ehegatten nicht beendigt. Die Frau kann aber auf Aufhebung der Gemeinschaft klagen, wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten, die in der Person des Mannes entstanden sind, in solchem Maſse überschuldet ist, daſs ein späterer Erwerb der Frau erheblich gefährdet wird (§§ 1468 Nr. 5, 1549 B.G.B.). Der Nachweis dafür, daſs diese Voraussetzungen vorliegen, kann sich möglicherweise aus dem Konkurse des Mannes ergeben.

6. Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigentum (§ 1008 B.G.B.), in einer Gesellschaft (nach dem B.G.B. oder nach dem H.G.B.) oder in einer anderen Gemeinschaft (vgl. § 741 B.G.B.), so ist die Gemeinschaft auseinanderzusetzen, soweit das nach dem materiellen Rechte möglich ist (§ 16 Abs. 1)[4].

Eine Vereinbarung, durch welche bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt worden ist, wirkt nicht gegen die Gläubigerschaft (§ 16 Abs. 2 Satz 1); der Verwalter kann trotz der Vereinbarung die Aufhebung und die Auseinandersetzung verlangen[5]. Das entspricht der Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung gegenüber dem Gläubiger, der die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt hat (vgl. B.G.B. § 751 Satz 2). Die Unwirksamkeit dient hier wie dort zur Erleichterung der Vollstreckung.

Für Gemeinschaften zur gesamten Hand gilt die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 1 nicht. Soweit hier eine Vereinbarung des in § 16 Abs. 2 Satz 2 bezeichneten Inhalts aufserhalb des Konkurses gültig ist, ist sie auch der Gläubigerschaft gegenüber wirksam.

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung bestimmen, daſs die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaſsgegenstände unter den Miterben oder den Mitvermächtnisnehmern ausgeschlossen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängen soll (§ 2044 B.G.B.). Eine solche Bestimmung wirkt nicht gegen die Gläubigerschaft; der Verwalter kann trotzdem die Auseinandersetzung verlangen (§ 16 Abs. 2 Satz 2).

---

[4] Vgl. R.G.Entsch. XL S. 45.

[5] Dies gilt auch, wenn die Vereinbarung nach § 1010 Abs. 1 B.G.B. als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist.

Ist nach dem materiellen Rechte die Aufhebung und Auseinandersetzung der Gemeinschaft möglich, so erfolgt sie aufserhalb des Konkursverfahrens nach den Vorschriften, die für die Aufhebung und Auseinandersetzung der betreffenden Gemeinschaft gelten (§ 16 Abs. 1)[6]. Dabei hat der Konkursverwalter als Organ der Gläubigerschaft die Rechte und Pflichten, die ohne die Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zukämen. Der bei der Auseinandersetzung sich ergebende Anteil des Gemeinschuldners gehört zur Konkursmasse.

Ist nach dem materiellen Rechte die Aufhebung der Gemeinschaft und die Auseinandersetzung nicht möglich, so gehört das Anteilsrecht des Gemeinschuldners zur Konkursmasse, soweit es der Pfändung unterliegt. Dies ist der Fall, wenn das Anteilsrecht wenigstens der Ausübung nach veräufsert werden kann (vgl. § 1 Abs. 1 K.O. mit § 857 Abs. 2 C.Pr.O.).

7. Während des Konkurses kann der Schuldner das Recht zur Zurücknahme einer gemäfs §§ 372 bis 375 B.G.B. hinterlegten Sache nicht ausüben (§ 377 Abs. 2 B.G.B.).

8. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners verliert der Bürge für die Dauer des Konkurses die Einrede der Vorausklage (§ 773 Nr. 3 B.G.B.).

9. Die dem Vater kraft der elterlichen Gewalt zustehende Verwaltung des Vermögens des Kindes endigt mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Vaters eröffnet wird (§ 1647 Abs. 1 B.G.B.). Steht die elterliche Gewalt der Mutter zu, so gilt das Gleiche, wenn über das Vermögen der Mutter der Konkurs eröffnet wird (arg. § 1686 B.G.B.). Nach der Aufhebung des Konkurses[7] kann das Vormundschaftsgericht die Verwaltung dem Vater oder der Mutter wieder übertragen (§ 1647 Abs. 2, § 1686 B.G.B.).

10. Wer in Konkurs geraten ist, soll während der Dauer des Konkurses nicht zum Vormund oder Gegenvormund und nicht zum Mitgliede des Familienrats bestellt werden (§§ 1781 Nr. 3, 1792 Abs. 4, 1866 Nr. 2 B.G.B). Wird er gleichwohl zum Vormund etc. etc. bestellt, so ist die Bestellung gültig.

---

[6] Vgl. § 731 bis 735, 752 bis 758, 1474 bis 1481, 1497 bis 1505, 1546, 2042 bis 2051 B.G.B., §§ 145 bis 158, 161 Abs. 2, 331 H.G.B., §§ 86 bis 99 Fr.G.

[7] Unter „Aufhebung" ist hier jede Art von Beendigung des Konkurses, auch die Einstellung (§§ 202, 204), zu verstehen.

Wird der Konkurs über das Vermögen eines Vormundes (Gegenvormundes) oder eines Mitgliedes des Familienrats eröffnet, so hat das Vormundschaftsgericht den Vormund (Gegenvormund) oder das Mitglied zu entlassen (§§ 1886, 1895, 1878 B.G.B.). Die Konkurseröffnung selbst hat die Beendigung des Amts nicht zur Folge.

Auf die Pflegschaft finden diese Sätze entsprechende Anwendung (§ 1915 B.G.B.).

§ 40.

XIII. Verbindlichkeiten der Gläubigerschaft. Masseansprüche[1].

1. Nach der Konkurseröffnung entstehen durch die Thätigkeit des Gerichts und des Verwalters sowie aus anderen Umständen Verbindlichkeiten der Gläubigerschaft. Die Verbindlichkeiten sind als Verbindlichkeiten der Gemeinschaft zur gesamten Hand aus dem Gemeinschaftsvermögen zu berichtigen, bevor solches Vermögen an die Gemeinschafter, d. s. die Konkursgläubiger, verteilt wird (§ 50). Die Gläubiger dieser Gemeinschaftsverbindlichkeiten heifsen Massegläubiger. Ihre Schuldnerin ist die Gemeinschaft der Konkursgläubiger. Die Konkursgläubiger haften nicht einzeln, sondern nur als Gemeinschaft, nicht mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur mit dem Gemeinschaftsvermögen. Ist dieses Vermögen erschöpft, so besteht keine Haftung mehr. Die Massegläubiger können weder die einzelnen Konkursgläubiger noch den Gemeinschuldner angreifen[2]. Haben die Konkursgläubiger bei der Verteilung Divi-

---

[1] Litteratur: Fitting § 14; Endemann § 60; Kohler, Lehrb. S. 381 ff.; L. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm. etc. I S. 166 ff. (noch nicht auf dem richtigen Standpunkt); Wolff, Ztschr. f. d. C.Pr. XXII S. 207 ff.

[2] Die im Texte vorgetragene Konstruktion wird von den meisten gemeinrechtlichen Schriftstellern vertreten, vgl. z. B. Dabelow S. 666 f.; Schweppe §§ 40 bis 42, 64; Bayer §§ 50, 68; Vangerow, Pand. III § 593 N. IV. Abw.: Fuchs, Concursverf. S. 34. Auch vom Standpunkte der preufs. K.O. v. 1855 aus wird sie gebilligt von Koch, Recht d. Ford. I S. 533 und Lehrb. d. preufs. R. I § 492; pr. O.Tr. Strieth. Arch. LXXXV S. 58 — allerdings nicht ohne Widerspruch. Die Mot. S. 239 f. bekämpfen sie und behaupten, der Gemeinschuldner sei Schuldner der Masseansprüche, weil der Verwalter sein Vertreter sei. Dieser irrigen Ansicht schlofs sich die Mehrzahl der Schriftsteller an, obwohl schon der Umstand stutzig machen sollte, dafs der Gemeinschuldner selbst Massegläubiger sein kann. Richtig: Kohler, Lehrb. S. 381; annähernd auch v. Völderndorff (2) I S. 591.

dende erhalten, während ein Massegläubiger leer ausging, so kann dieser von den einzelnen Gläubigern verlangen, dafs sie den zuviel erhaltenen Betrag als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben (arg. § 812 B.G.B.)[3].

Die Masseansprüche sind gerichtlich und aufsergerichtlich gegen den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft geltend zu machen und von diesem abseits von den Verteilungen zu befriedigen[4]. Die Zahlungen sind in die Schlufsrechnung einzusetzen, die der Verwalter der Gläubigerschaft zu legen hat (§ 86). Soll ein Masseanspruch im Betrage von mehr als 300 Mark anerkannt werden, so hat der Verwalter, falls ein Gläubigerausschufs bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen (§ 133 Nr. 2). Masseansprüche, die nicht bis zur Festsetzung des Prozentsatzes (§ 159) oder der Beendigung des Schlufstermins (§ 162) oder der Bekanntmachung einer Nachtragsverteilung (§ 166) zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind, können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, der zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist oder den Gegenstand der Schlufsverteilung oder der Nachtragsverteilung bildet (§ 172). In welcher Form und durch wen der Verwalter die Kenntnis erlangt, ist einerlei. Die durch die bezeichneten Vorgänge eintretende Präklusion ist nicht blofs für das Konkursverfahren bedeutsam; sie hindert den unbefriedigt bleibenden Massegläubiger auch, einen Bereicherungsanspruch gegen die einzelnen Gläubiger geltend zu machen; denn was ein Konkursgläubiger zufolge der gesetzlichen Präklusion eines Massegläubigers an Dividende mehr erhält, ist keine ungerechtfertigte Bereicherung[5].

Wird ein Masseanspruch nicht anerkannt, so ist er nach den Regeln der C.Pr.O. gegen den Verwalter zu verfolgen. Ein zur Zeit der Konkurseröffnung anhängiger Prozefs über einen Masseanspruch kann sowohl von dem Konkursverwalter, als von dem Gegner aufgenommen werden (§ 11); vgl. o. S. 180 bei N. 2 und S. 182.

Ist ein Rechtsstreit über einen Masseanspruch zu der Zeit noch anhängig, wo der Konkurs durch Schlufsverteilung erledigt wird, so mufs der streitige Betrag reserviert sein; der Prozefs

[3] Vgl. Wolff a. a. O. S. 256.

[4] Soweit der Verwalter selbst Massegläubiger ist, kann er sich aus der Masse befriedigen, aber kein anderes Rechtsgeschäft über den Anspruch mit sich selbst vornehmen (arg. § 181 B.G.B.).

[5] Vgl. Mot. S. 376, 389; Wolff S. 257 f., 294.

wird mit dem Verwalter fortgesetzt, weil der reservierte Betrag eventuell für eine Nachtragsverteilung zu verwenden ist.

Wegen Berichtigung und Sicherstellung der Masseansprüche im Falle des Zwangsvergleichs s. § 191 Abs. 1. Da die für einen bestrittenen Anspruch geleistete Sicherheit eventuell dem Gemeinschuldner zufällt (arg. § 192), so ist dieser zur Fortsetzung eines anhängigen Prozesses legitimiert.

Ebenso wie bei der Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich verhält es sich mit den Masseansprüchen bei der Einstellung des Verfahrens (§§ 202, 204). Die unbestrittenen Masseansprüche sind (im Falle des § 204 soweit thunlich) von dem Verwalter zu berichtigen, die bestrittenen sind sicher zu stellen (arg. § 205 Abs. 2 Satz 2 mit § 191 Abs. 1). Der Gemeinschuldner ist zur Fortsetzung eines gegen den Verwalter anhängigen Prozesses über einen Masseanspruch legitimiert, weil die für den bestrittenen Anspruch geleistete Sicherheit eventuell dem Gemeinschuldner gehört (arg. § 206 Abs. 1).

Die Scheidung der Masseansprüche in Massekosten (§ 58) und Masseschulden (§§ 59, 224) ist in Ermangelung einer scharfen Grenze nicht reinlich durchzuführen. Sie beruht auf gesetzestechnischen Gründen (vgl. § 60). Eine gewisse Verschiedenheit läfst sich immerhin erkennen. Massekosten entstehen aus Rechtsverhältnissen zwischen der Gläubigerschaft einerseits und dem Gerichte, den Gemeinschaftsorganen und dem Gemeinschuldner andererseits; Masseschulden aus Rechtsverhältnissen zu anderen Personen[6].

2. Massekosten sind:

a) die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren (§ 58 Nr. 1). Gerichtliche Kosten sind die in G.K.G. vorgesehenen Gebühren und Auslagen (§ 79 G.K.G.), ferner die Gebühren und Auslagen der Gerichtsvollzieher. Gemeinschaftliches Verfahren ist nicht blofs das Verfahren nach der Konkurseröffnung, sondern auch das die Eröffnung vorbereitende Verfahren einschliefslich der Antragstellung[7]. Natürlich auch das Verteilungs-

---

[6] Über die Unterscheidung vgl. die Mot. S. 239, 242 bis 244, 249; v. Wilmowski § 51 N. 1; Petersen u. Kleinfeller vor § 50, § 51 N. I § 52 N. I; Kohler, Lehrb. S. 383 ff.; Wolff a. a. O. S. 236 ff.

[7] Ein von dem Gemeinschuldner geleisteter Gebührenvorschufs (§ 82 Nr. 1 G.K.G.) wird Massebestandteil und dient zur Deckung der gerichtlichen Kosten des gemeinschaftlichen Verfahrens. Hat ein Gläubiger als Antrag-

verfahren einschliefslich der Nachtragsverteilung. Ebenso das Vergleichsverfahren, auch wenn es nicht zur Aufhebung des Verfahrens führt[8]. Desgleichen alle von dem Verwalter als dem Organe der Gläubigerschaft geführten Rechtsstreitigkeiten, so dafs also die gerichtlichen Kosten, soweit sie von dem Verwalter geschuldet werden, Massekosten sind[9]. Nicht zu dem gemeinschaftlichen Verfahren gehören Rechtsstreitigkeiten der einzelnen Gläubiger untereinander[10]. Auch nicht das von einem Absonderungsberechtigten betriebene Befriedigungsverfahren.

b) Die Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse (§ 58 Nr. 2). Dazu gehören die Gebühren und Auslagen des Verwalters und des Gläubigerausschusses. Auslagen können erwachsen für Porti, Arbeitslöhne, Anwaltskosten, Mietzinsen, Saat- und Erntekosten, Versicherungsprämien, Steuern und Abgaben aus Grundbesitz[11] und aus Gewerbetrieb[12], die Beiträge zu einer Berufsgenossenschaft, alles für die Zeit nach der Eröffnung des Konkurses. Bevor der Verwalter diese Posten bezahlt hat, können sie Masseschulden im Sinne von § 59 Nr. 1 sein; hat er sie aus seinen eigenen Mitteln berichtigt, so fällt sein Ersatzanspruch gegen die Gläubigerschaft unter § 58 Nr. 2[13].

---

steller einen Gebührenvorschufs geleistet, so kann er nach der Eröffnung des Verfahrens verlangen, dafs ihm der Vorschufs aus der Masse erstattet wird, soweit sie dadurch bereichert ist; eine Bereicherung des Masse liegt nicht vor, wenn und soweit die vorhandene Masse nicht zur Deckung der Gerichtskosten reicht, weil vorgehende Posten zu decken sind.

[8] Vgl. v. Völderndorff § 51 litt. a und Wolff a. a. O. S. 298. A. M.: Mot. S. 242, v. Wilmowski § 51 N. 1, Petersen u. Kleinfeller § 51 N. II 1. Vgl. dagegen Wolff S. 298. — Da keine besondere Gebühr für die Vergleichsverhandlung erhoben wird, kann es sich nur um Auslagen handeln; diese bleiben der Masse zur Last, auch wenn der Vergleich nicht zu Stande kommt.

[9] Man könnte auch daran denken, die gerichtlichen Kosten dieser Prozesse unter § 59 Nr. 1 zu stellen. Aber dann gingen sie den anderen Kosten im Range vor (arg. § 60). Dafür fehlt eine ratio.

[10] Der Kostenersatz nach § 147 Satz 2 fällt unter § 59 Nr. 3.

[11] Die Mot. S. 243 zählen auf: „Grundsteuern, Leistungen zu Brücken- und Wegebauten, Kirchen- und Pfarrbauten, Deichlasten, Schul- und Ortsarmenabgaben".

[12] Persönliche Steuern sind keine Verwaltungskosten. Vgl. Verw.Arch. IV S. 11 ff.

[13] Der Verwalter kann in den Rang des Massegläubigers, den er aus eigenen Mitteln befriedigt hat, nur einrücken, wenn er sich persönlich die Forderung des Massegläubigers hat abtreten lassen. Einen ipso-iure-Übergang

c) Die dem Gemeinschuldner und seiner Familie nach §§ 129 Abs. 1, 132 Abs. 1 bewilligte Unterstützung (§ 58 Nr. 3). Dieser Anspruch ist insofern problematisch, als die Bewilligung von den dazu berufenen Organen der Gläubigerschaft jederzeit auch pro praeterito rückgängig gemacht werden kann. Aber solange die Bewilligung nicht widerrufen ist, besteht ein Masseanspruch, der auch im Wege der Klage geltend gemacht werden kann[14].

3. Masseschulden sind:

a) die Ansprüche aus Geschäften und Handlungen, die der Konkursverwalter als Organ der Gläubigerschaft innerhalb des ihm vom Gesetze zugewiesenen Geschäftskreises vorgenommen hat (§ 59 Nr. 1). Der Kreis der ihm zugewiesenen Geschäfte und Handlungen ist durch den Konkurszweck, die Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse, begrenzt. Daher kann der Verwalter keine Freigebigkeit auf Kosten der Masse vornehmen. Nicht erforderlich ist, dafs die Handlung dem Interesse der Gläubiger wirklich entspricht. Auch Handlungen, die diesem Interesse nicht entsprechen, können Masseansprüche erzeugen, wenn sie innerhalb des zugewiesenen Geschäftskreises liegen. Die Gläubigerschaft ist insbesondere für einen Schaden verantwortlich, den der Verwalter durch eine, in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Läfst sich der Verwalter durch einen Bevollmächtigten vertreten, so entstehen auch aus dessen Handlungen Masseansprüche, wie aus denen des Verwalters. Der Verwalter und folglich die Gläubigerschaft hat ein Verschulden der Personen, deren der Verwalter sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden des Verwalters (arg. § 278 B.G.B.).

---

dieser Forderung auf den zahlenden Verwalter kann man nicht konstruieren. Verschiedene Ansichten hierüber s. bei Fuchs, Konkursprozefs S. 70; Fitting § 14 N. 4, 15; v. Wilmowski § 52 N. 1; Petersen und Kleinfeller § 52 N. I.

[14] A. M.: Wolff a. a. O. S. 230 ff. — Der nach § 1 Abs. 2 der alten K.O. dem Gemeinschuldner zustehende Anspruch auf Gewährung von Unterhaltsmitteln aus den Nutzungen seines zur Konkursmasse gehörenden Niefsbrauchs an dem Vermögen seiner Ehefrau fällt unter § 59 Nr. 3 K.O. Das ist auch jetzt noch wegen Art. 200 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. vgl. mit Art VI Satz 1 E.G. z. Nov. v. 1898 bedeutsam. Vgl. o. S. 83, letzter Absatz.

Führt der Verwalter einen Prozefs, so ist der eventuelle Kostenerstattungsanspruch des Gegners Masseanspruch nach § 59 Nr. 1.

Die Nichtbeachtung der Vorschriften der §§ 133 bis 135 hindert die Entstehung einer Masseschuld aus der Handlung des Verwalters nicht (arg. § 136).

b) Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird (§ 17)[15] oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen mufs [(§ 59 Nr. 2).

Für die Zeit nach der Eröffnung sind zu erfüllen Pacht- und Mietverträge, wenn dem Gemeinschuldner der von ihm gemietete oder gepachtete Gegenstand vor der Eröffnung überlassen war (§ 19). Masseschuld ist der Zins für die Zeit von der Eröffnung bis zur Beendigung des Konkurses oder bis zur früheren Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses; Masseschulden sind ferner die in dieser Zeit entstehenden Ersatzverbindlichkeiten gegenüber dem Vermieter oder dem Verpächter. Daher ist auch der Anspruch des Verpächters wegen des Abgangs vom Inventar (§§ 586 bis 588 B.G.B.) insoweit Masseanspruch, als der Abgang während des Konkurses erfolgt ist.

Ebenso sind auf Rechnung der Masse zu erfüllen die in § 21 bezeichneten Pacht- und Mietverträge, sowie die in § 22 bezeichneten Dienstverträge.

c) Masseschuld ist die aus § 672 Satz 2 B.G.B. begründete Ersatzverbindlichkeit gegenüber demjenigen, welcher sich durch Annahme eines Auftrags, durch einen Dienst- oder Werkvertrag zur Besorgung eines ihm vom Gemeinschuldner übertragenen Geschäfts verpflichtet hat, wenn der Auftrag etc. durch die Konkurseröffnung erloschen ist (§ 27); denn der Auftrag etc. gilt insoweit als fortbestehend (§ 672 [g. E.] B.G.B.) und der Ersatzanspruch ist Folge des Fortbestandes.

d) Masseschulden sind Gemeinschaftsverbindlichkeiten, die aus einer die Konkurseröffnung überdauernden Gemeinschaft in der Zeit nach der Konkurseröffnung entstehen.

Daher ist der geschäftsführende Gesellschafter einer Gesellschaft, die durch die Eröffnung des Konkurses über das Ver-

---

[15] Daher ist die Zubufse zu einer Gewerkschaft Masseschuld; vgl. R.G.Entsch. XVII S. 174, wo übrigens irrtümlich § 51 Nr. 2 statt § 52 Nr. 2 der alten K.O. citiert wird.

mögen eines Gesellschafters aufgelöst wird[16], in Ansehung der Ersatzansprüche, die ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach § 728 Abs. 2 B.G.B. zustehen, Massegläubiger (§ 28); denn die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend (§ 728 Satz 2 verb. mit § 727 Abs. 2 Satz 3 B.G.B.).

e) Masseschulden sind Verbindlichkeiten aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Konkursmasse (§ 59 Nr. 3).

Wann aus einer ungerechtfertigten Bereicherung eine Verbindlichkeit entsteht, ergiebt sich aus den §§ 323 Abs. 3, 327, 531 Abs. 2, 543 Abs. 2, 684 Satz 1[17], 812 bis 822, 852 Abs. 2 B.G.B. Der Umfang der Verpflichtung zur Herausgabe ist aus den §§ 812, 817 bis 819 B.G.B. zu entnehmen.

Nur ungerechtfertigte Bereicherung der Konkursmasse, nicht schon des Gemeinschuldners, erzeugt einen Masseanspruch.

Specielle Fälle von ungerechtfertigter Bereicherung der Masse sind in §§ 7 Abs. 2, 38 Satz 2, 46, 147 Satz 2 K.O. erwähnt.

4. Im Nachlafskonkurse sind ferner Masseschulden (§ 224):

a) die dem Erben nach den §§ 1978, 1979 B.G.B. aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen[18]. Wegen dieser Aufwendungen würde dem Erben nach § 273 B.G.B. ein Zurückbehaltungsrecht an dem Nachlasse zustehen. Dieses Recht ist ihm im Nachlafskonkurs entzogen (§ 223), damit die Verwertung der Masse nicht verzögert wird;

b) die Kosten der standesgemäfsen Beerdigung des Erblassers[19];

---

[16] Vgl. o. § 39 Nr. 4 S. 236 f.

[17] Hiernach kann derjenige, welcher als Geschäftsführer ohne Auftrag ein Geschäft für die Gläubigerschaft besorgt hat, von dieser beanspruchen, dass sie ihm Alles herausgiebt, was sie durch die Geschäftsführung erlangt hat. Genehmigt der Verwalter die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der in § 683 B.G.B. bestimmte Anspruch zu (arg. § 684 Satz 2 B.G.B.). Dieser Anspruch fällt unter § 59 Nr. 1, weil er auf der von dem Verwalter erteilten Genehmigung beruht.

[18] Zu beachten ist, dafs ein Anspruch des Erben auf Ersatz solcher Aufwendungen und folglich eine diesen Aufwendungen entsprechende Masseschuld nicht entstehen kann, wenn der Erbe für alle Nachlafsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (arg. § 2013 B.G.B.).

[19] Vgl. § 1968 B.G.B. — Hat sich ein Konkurs durch den Tod des Gemeinschuldners in einen Nachlafskonkurs verwandelt (vgl. o. S. 69 Abs. 2), so sind die Beerdigungskosten gleichfalls Masseschulden.

c) die im Falle der Todeserklärung des Erblassers dem Nachlasse zur Last fallenden Kosten des Verfahrens[20];

d) die Kosten der Eröffnung einer Verfügung von Todeswegen[21], der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses[22], einer Nachlafspflegschaft[23], des Aufgebots der Nachlafsgläubiger[24] und der Inventarerrichtung[25];

e) die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlafspfleger[26] oder einem Testamentsvollstrecker[27] vorgenommenen Rechtsgeschäften;

f) die Verbindlichkeiten, die für den Erben gegenüber einem Nachlafspfleger, einem Testamentsvollstrecker oder einem Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen entstanden sind, soweit die Nachlafsgläubiger

---

[20] Vgl. §§ 960 ff. C.Pr.O.; wegen der Kosten insbesondere: § 971 C.Pr.O.

[21] Vgl. §§ 2259 ff., 2273, 2300 B.G.B.

[22] Vgl. § 1960 B.G.B., Art. 140 E.G. z. B.G.B.

[23] Unter Nachlafspflegschaft ist hier sowohl die Nachlafspflegschaft im Sinne der §§ 1960 bis 1962 B.G.B. als auch die Nachlassverwaltung im Sinne der §§ 1975, 1981 bis 1990 B.G.B. zu verstehen. Vgl. Begr. d. Nov. S. 50 Z. 10 v. u., wo von Verwaltung des Nachlasses gesprochen wird.

[24] Vgl. §§ 1970 bis 1974 B.G.B., §§ 989 bis 1001 C.Pr.O.

[25] Vgl. §§ 1993 bis 2012 B.G.B., §§ 72 ff., bes. § 77 Fr.G.

[26] Unter Nachlafspfleger ist hier sowohl der Nachlafspfleger im Sinne der §§ 1960 bis 1962 B.G.B. als auch der Nachlafsverwalter im Sinne der §§ 1981 ff. B.G.B. zu verstehen. Vorausgesetzt wird, dafs das Rechtsgeschäft von dem Nachlafspfleger oder dem Nachlafsverwalter in Ausübung der ihm zustehenden Verrichtungen vorgenommen worden ist. Dabei ist zu beachten, dafs eine Nachlafspflegschaft im Sinne von § 1960 B.G.B., die vor der Eröffnung des Nachlafskonkurses eingeleitet war, zwar nach der Eröffnung des Konkurses bis zum endgültigen Erbschaftserwerbe fortdauert (vgl. autogr. Prot. d. Komm. z. 2. Ber. d. Entw. e. B.G.B. S. 8027), dafs aber der Nachlafspfleger nach der Konkurseröffnung die Masse nicht mehr durch Rechtsgeschäfte verpflichten kann, weil dies auch der Erbe selbst nicht mehr könnte. Die Nachlafsverwaltung im Sinne der §§ 1981 ff. B.G.B. endigt mit der Eröffnung des Nachlafskonkurses (§ 1988 B.G.B.).

[27] Vgl. §§ 2196 bis 2228 B.G.B. Über die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Vornahme von Rechtsgeschäften s. §§ 2205 bis 2209 B.G.B. Nur Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die der Testamentsvollstrecker in Ausübung der ihm zustehenden Verrichtungen vorgenommen hat, sind Masseschulden. — Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt nicht durch die Eröffnung des Nachlafskonkurses (arg. a. contr. aus §§ 2225 bis 2227 B.G.B.); aber durch Rechtsgeschäfte, die der Testamentsvollstrecker nach der Eröffnung des Nachlafskonkurses vornimmt, können keine Masseverbindlichkeiten mehr entstehen.

verpflichtet sein würden, wenn die bezeichneten Personen die Geschäfte für sie zu besorgen gehabt hätten[28].

In allen diesen Fällen mit Ausnahme der litt. b handelt es sich um eine Geschäftsführung, die, wenn auch nur mittelbar, der Gläubigerschaft zu gut kommt. Die Gläubigerschaft, die den Nutzen von dieser Geschäftsführung hat, wenn auch nur dadurch, dafs sie Aufwendungen spart, die der Konkursverwalter machen müfste, würde auf Kosten Anderer bereichert sein, wenn ihr nicht die Verpflichtung obläge, diese Verbindlichkeiten vorneweg zu decken.

Für die Beerdigungskosten litt. b trifft weder dieser Gesichtspunkt, noch die Analogie anderer Masseschulden zu. Ihre Erhebung zur Masseschuld, d. i. zu einer Schuld der Gläubigerschaft, ist wohl dem Bestreben entsprungen, sie allen Konkursforderungen, auch den privilegierten, voranzustellen[29].

5. Die Vorschriften des § 224 über die Masseschulden im Nachlafskonkurse finden im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut entsprechende Anwendung (§ 236 Satz 1), weil der Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach Analogie des Nachlafskonkurses behandelt wird.

Bei der entsprechenden Anwendung ist der überlebende Ehegatte da einzusetzen, wo in § 224 von dem Erben die Rede ist.

---

[28] Zu „Nachlafspfleger" vgl. die N. 26; zu „Testamentsvollstrecker" vgl. die N. 27. Der Nachlafspfleger und der Testamentsvollstrecker sind Massegläubiger nicht blofs in Ansehung der Aufwendungen (§ 670 B.G.B.), sondern auch in Ansehung ihres Honorars (vgl. den § 1816 Abs. 1 Satz 2 bis 4 mit § 1915, ferner die §§ 1987, 2221 B.G.B.). — Derjenige, welcher zufolge der Ausschlagung eines oder mehrerer vor ihm berufenen Erben der Erbe wird, ist verpflichtet, jedem vor ihm berufenen Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen, aber vor der Ausschlagung erbschaftliche Geschäfte besorgt hat, die von diesem bei der Besorgung solcher Geschäfte gemachten Aufwendungen zu ersetzen, soweit bei der Geschäftsführung ohne Auftrag der Geschäftsherr dem Geschäftsführer dessen Aufwendungen zu ersetzen hat (arg. § 1959 Abs. 2, verb. mit §§ 683, 684 B.G.B.). Die Gläubigerschaft des Nachlafskonkurses ist zum Ersatze dieser Aufwendungen an den Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, in dem gleichen Umfange verpflichtet, wie der Erbe, der zufolge der Ausschlagung Erbe geworden ist.

[29] Die Begründ. der Nov. S. 50 verweist auf „das öffentliche Interesse" und die „Volksanschauung". Richtiger wäre eine Verweisung auf l. 45 D. de relig. 11, 7; l. 17 pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5 und auf deutsche Partikularrechte, die diese Kosten privilegierten; vgl. Stobbe, Z. Gesch. d. ält. d. Konk.Proz. S. 59 N. 175.

6. Sobald sich herausstellt, dafs die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, darf der Verwalter die Massegläubiger nicht mehr unterschiedslos befriedigen, sondern er mufs folgende Rangordnung beachten (§ 60): den ersten Rang haben die Masseschulden (§§ 27, 28, 59, 224); den zweiten die baren Auslagen des Gerichts, des Verwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses; den dritten die übrigen Massekosten, den vierten und letzten hat die Unterstützung des Gemeinschuldners und seiner Familie. Die in gleichem Range stehenden Massegläubiger werden pro rata befriedigt. Hat ein Massegläubiger ein Absonderungsrecht erworben, bevor sich die Insuffizienz der Masse herausstellt, so kann er abgesonderte Befriedigung verlangen. Die Insuffizienz ist nicht durch Gerichtsbeschlufs festzustellen, sondern durch den Verwalter. Ein förmliches Verteilungsverfahren mit Verteilungsplan, Einwendungsfrist etc. ist nicht vorgesehen; der Verwalter kann sich privatim mit den Beteiligten ins Benehmen setzen, um etwaige Regrefsansprüche abzuschneiden; er kann aber auch einfach auf Grund seiner Berechnungen verteilen. Nach Umständen kann der Verwalter wegen Ungewifsheit über die Person des Gläubigers hinterlegen (vgl. § 372 Satz 2 B.G.B.) und den Beteiligten die Austragung ihrer Streitigkeiten überlassen.

Verstöfst der Verwalter absichtlich oder fahrlässig gegen die Vorschriften des § 60, so ist er den Massegläubigern zum Schadensersatz verpflichtet (§ 82)[80].

---

[80] Vgl. R.G.Entsch. XXXVI Nr. 24 S. 96.

Sechstes Hauptstück.

Das Schuldenfeststellungsverfahren.

§ 41.

I. Allgemeines[1].

Mit der Eröffnung des Konkurses ist das zur Konkursmasse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners für die zur Teilnahme am Konkurse berechtigten Gläubiger mit Beschlag belegt. Das Vermögen soll verwertet und zur Befriedigung dieser Gläubiger nach Maßgabe der Konkursordnung verwendet werden. Da zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht feststeht, wer sich an dem konkreten Konkurse beteiligen will und beteiligen darf, so ist dies im weiteren Verlaufe des Verfahrens festzustellen. Zu diesem Behufe werden die Gläubiger aufgefordert, ihre Forderungen bei dem Konkursgericht anzumelden; wer seine Forderung nicht anmeldet, wird nicht berücksichtigt. Über die ordnungsmäßig angemeldeten Forderungen werden der Konkursverwalter, die anderen Gläubiger und der Gemeinschuldner in einem Termine gehört. Soweit eine Forderung weder von dem Verwalter noch von einem beteiligten Konkursgläubiger bestritten wird, wird sie von dem Konkursgericht ohne Vorbehalt zugelassen. Eine bestrittene Forderung wird nur mit dem Vorbehalt einer dem Gläubiger günstigen Entscheidung über den Widerspruch zugelassen. Die Entscheidung erfolgt nicht, wie im früheren gemeinen Konkursprozeß, innerhalb

[1] Vgl. hierzu die §§ 220 bis 238 der preuß. K.O. v. 1855, denen die Vorschriften der deutschen K.O. nachgebildet sind.

des Konkursverfahrens selbst, sondern, soweit die Sache vor die ordentlichen Gerichte gehört, im ordentlichen Civilprozesse, sonst in dem für die Feststellung der Forderung vorgeschriebenen Verfahren.

Zur Befriedigung der Konkursgläubiger nach Maſsgabe der Konkursordnung ist auch die Feststellung der Rangverhältnisse nötig. Vorrechte werden nicht von Amtswegen, sondern nur insoweit berücksichtigt, als sie angemeldet werden. Über ordnungsmäſsig angemeldete Vorrechte werden gleichfalls der Verwalter und die Mitgläubiger gehört. Wird kein Widerspruch gegen das Vorrecht erhoben, so wird die, wenn auch bestrittene, Forderung ohne Vorbehalt bezüglich des Vorrechts zugelassen. Wird das Vorrecht bestritten, so wird die Zulassung der Forderung als einer bevorrechtigten von dem Vorbehalt abhängig gemacht, daſs der Gläubiger den Widerspruch überwinde. Auch die Entscheidung über das Vorrecht erfolgt im ordentlichen Civilprozesse.

Das Verfahren zur Feststellung der einzelnen zur Teilnahme am Konkurse berechtigten Forderung und das Verfahren zur Feststellung ihrer Rangordnung werden im modernen Konkursprozesse soweit als möglich verbunden, während früher der Liquiditätsstreit und der Prioritätsstreit getrennt verhandelt wurden.

Innerhalb des Feststellungsverfahrens lassen sich hiernach folgende Abschnitte unterscheiden:

1. Das Anmeldungsverfahren,
2. das Prüfungs- und Zulassungsverfahren,
3. das Verfahren zur Beseitigung der Widersprüche und zur Durchsetzung der Widersprüche (Feststellungsverfahren im engeren Sinn).

Das gesamte Feststellungsverfahren ist ein civilprozessualisches Verfahren. Das wird von denjenigen, welche das Konkursverfahren überhaupt nicht als Civilprozeſs gelten lassen, bezüglich des Anmeldungs- und Prüfungsverfahrens bestritten[2], während die civilprozessualische Natur des Verfahrens, worin über die bestrittenen Forderungen und Vorrechte entschieden wird, von allen Seiten anerkannt wird.

---

[2] So nimmt Oetker, Grundbegr. I S. 272 bei N. 5 an, daſs dieses Verfahren zur Verwaltungsthätigkeit des Konkursgerichts gehöre. Eccius in Försters preuſs. Pr.R. I § 115 N. 6 glaubt, daſs die Thätigkeit des Konkursrichters bloſs Beurkundung sei. Kohler, Lehrb. S. 551 ff. spricht von „Diskussionsverfahren", „Disquisitionsverfahren" (?). Richtig: A. S. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen jur. Grundlagen, S. 153 f.

Aber das Feststellungsverfahren bildet ein Ganzes; ohne Anmeldungs- und Prüfungsverfahren ist kein Verfahren über die bestrittenen Forderungen möglich. Es geht daher nicht an, jenes Verfahren prinzipiell anders als dieses zu charakterisieren. Dafs die verschiedenen Abschnitte des Feststellungsverfahrens nach dem früheren Konkursprozefsrechte noch enger verbunden waren, als nach dem modernen Rechte, spricht gleichfalls für deren einheitliche Natur.

§ 42.

II. Die Anmeldung der Forderungen.

1. Bei der Eröffnung des Konkurses bestimmt das Gericht eine Frist zur Anmeldung der Forderungen samt den Vorrechten (§ 110). Die Frist ist öffentlich bekannt zu machen (§ 111). Sie soll mindestens zwei Wochen und höchstens drei Monate betragen (§ 138 Satz 1). Die Frist beginnt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der ersten öffentlichen Bekanntmachung (§ 76 Abs. 1 Satz 2). Ist die Anmeldefrist zu kurz oder zu lang bemessen, so kann der Gemeinschuldner, der Verwalter und jeder Konkursgläubiger durch Beschwerde eine Änderung herbeiführen (§ 73 Abs. 3).

Die Anmeldefrist ist keine Notfrist; daher findet keine Wiedereinsetzung gegen deren Versäumung statt (arg. § 233 C.Pr.O.). Eine Abkürzung oder Verlängerung durch das Gericht ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen (arg. § 224 Abs. 2 C.Pr.O.), aber ohne praktische Bedeutung.

Die Anmeldefrist ist keine Ausschlufsfrist in dem Sinne, dafs nach deren Ablauf Anmeldungen unzulässig wären. Die sich nachträglich meldenden Gläubiger haben jedoch die Kosten des besonderen Prüfungstermins zu tragen (§ 142 Abs. 3).

Sie bleiben bei den Verteilungen unberücksichtigt, wenn sie nicht bis zum Ablaufe der in § 152 bestimmten Ausschlufsfrist mindestens die Prüfung ihrer Forderungen erreicht haben[1].

---

[1] Vgl. die Mot. S. 375, v. Wilmowski § 140 N. 1, Petersen u. Kleinfeller §§ 139 bis 145 N. II 1, Endemann S. 547. Die Ansicht v. Völderndorffs § 140 litt. a, dafs ungeprüfte Forderungen, für die ein Vollstreckungstitel oder ein Endurteil vorliegt, bei den Verteilungen zu berücksichtigen seien, ist falsch.

2. Die wesentlichen Erfordernisse der Anmeldung sind die Angabe des Betrags und des Grundes der Forderung, sowie des beanspruchten Vorrechts (§ 139 Satz 1). Der Betrag ist in Reichswährung anzugeben (§ 69). Zur Angabe des Grundes genügt die Individualisierung des Rechtsverhältnisses, d. i. die Angabe der Unterscheidungsmerkmale[2]. Die Angabe des Vorrechts besteht darin, dafs unter Verweisung auf den Grund der Forderung die Behandlung der Forderung als einer bevorrechtigten (§ 61 Nr. 1 bis 5) verlangt wird[3].

Jede Änderung der Anmeldung, d. i. eine Erhöhung des Betrags[4], die Angabe eines anderen Grundes der Forderung oder ein neuer Vorrechtsanspruch, ist als neue Anmeldung zu behandeln (arg. § 142 Abs. 2).

Die Anmeldung kann bei dem Konkursgerichte schriftlich eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§ 139 Satz 2). Sie kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen. Der Mangel der Vollmacht ist von Amtswegen zu beachten (arg. § 88 Abs. 2 C.Pr.O.). Die Vollmacht kann nachgebracht werden.

Die urkundlichen Beweisstücke oder deren Abschrift sind der Anmeldung beizufügen (§ 139 Satz 3). Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift macht die Anmeldung nicht ungültig und schliefst die Benützung der Urkunden nicht aus.

3. Die nach Form und Inhalt ordnungsmäfsige Anmeldung unterbricht die Verjährung (§ 209 Abs. 2 Nr. 2 B.G.B.). Dies gilt auch von der verspäteten Anmeldung. Die Unterbrechung ist sowohl gegenüber der Gläubigerschaft, wie gegenüber dem Gemeinschuldner wirksam[5]. Sie dauert fort, bis der Konkurs durch Auf-

---

[2] „Grund der Forderung" in § 139 K.O. bedeutet nichts anderes als „Grund des erhobenen Anspruchs" in § 253 Abs. 2 Nr. 2 C.Pr.O. Über diesen Begriff und über die verschiedenen Deutungen desselben s. L. Seuffert, Komm. z. C.Pr.O. v. 1877 § 230 N. 3 IV.

[3] Aus der Rangordnung des § 226 ergiebt sich kein Vorrecht im Sinne der §§ 139, 170, 173, 191 Abs. 2, sondern die Zurücksetzung der in § 226 Abs. 2 bezeichneten Forderungen. Der Vorrang der nicht zurückgesetzten Forderungen vor den zurückgesetzten braucht nicht ausdrücklich beansprucht zu werden; er mufs sich aus dem Grunde der Forderung ergeben.

[4] Petersen u. Kleinfeller §§ 126 bis 128 N. II 2 wollen nach Analogie von § 268 Nr. 2 C.Pr.O. eine Erhöhung ohne Änderung des Grundes nicht als neue Anmeldung gelten lassen; aber die Analogie ist nicht zutreffend, da eine neue Anmeldung nicht, wie eine Änderung der Klage, unzulässig ist.

[5] Vgl. § 17 Satz 3 Entw. e. G.Sch.O.; K.Pr. S. 14 f.

hebung (§§ 163, 190) oder Einstellung (§§ 202, 204) beendigt ist[6]. Der Umstand, dafs die Forderung von dem Verwalter, einem konkurrierenden Gläubiger oder dem Gemeinschuldner bestritten wird, beendigt die Unterbrechung nicht. Ebensowenig wird die Unterbrechung dadurch beendigt, dafs ein Prozefs über eine bestrittene Forderung zwischen dem Gläubiger und einem Opponenten oder dem Gemeinschuldner beendigt wird oder in Stillstand gerät.

Ist ein Prozefs zwischen dem Gläubiger und einem Opponenten zur Zeit der Beendigung des Konkurses noch anhängig und wird in Folge dessen für die im Prozefs befangene Forderung ein Betrag zurückbehalten (§ 168 Nr. 1), so dauert die Unterbrechung auch nach der Beendigung des Konkurses fort: das Ende der Unterbrechung bestimmt sich in diesem Falle nach den Vorschriften des § 211 B.G.B. (§ 214 Abs. 3 B.G.B.).

4. Die Anmeldung kann bis zur Beendigung des Konkurses zurückgenommen werden. Die Zurücknahme kann in denselben Formen erfolgen wie die Anmeldung, aber auch mündlich im Prüfungstermine. Wird die Anmeldung zurückgenommen, so gilt die Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt (§ 214 Abs. 2 B.G.B.). Die Zurücknahme der Anmeldung schliefst eine neue Anmeldung derselben Forderung nicht aus[7].

5. Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts zur Einsicht der Beteiligten, d. i. des Verwalters, der konkurrierenden Gläubiger und des Gemeinschuldners niederzulegen (§ 140 Abs. 1).

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung sofort nach der (wenn auch verspäteten) Anmeldung in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts in eine Tabelle[8] einzutragen. Er hat weder zu prüfen, ob die Anmeldung nach Form und Inhalt ordnungsmäfsig, noch ob die angemeldete Forderung zur Teilnahme

---

[6] Wird der Eröffnungsbeschluſs im Beschwerdeverfahren aufgehoben, so wird die Anmeldung wirkungslos und die Unterbrechung muſs als nicht erfolgt gelten. A. M.: Planck, Komm. z. B.G.B. § 214 N. 1 Abs. 2 — aus bloſsen Billigkeitsrücksichten.

[7] A. M.: Oetker, Grundbegr. I S. 390, der behauptet, dafs eine Zurücknahme der Anmeldung nach der Zulassung im Prüfungstermine nur als renunciatio causae mit Verzicht auf Wiederanmeldung erfolgen kann. Seine Gründe sind nicht zureichend.

[8] Formular s. Weizsäcker (Vierhaus), Formularbuch Nr. 191 192.

am Konkurse berechtigt ist. Nicht ordnungsmäfsig angemeldete Forderungen sind, so gut es eben geht, einzutragen; denn die Thätigkeit des Gerichtsschreibers bei der Herstellung der Tabelle ist eine blofs registrierende, keine entscheidende; sie präjudiziert der Zulassung der angemeldeten Forderung zur Prüfung in keiner Weise. Das Konkursgericht kann eine Forderung, die der Gerichtsschreiber in die Tabelle aufnahm, von der Prüfung ausschliefsen und eine nicht aufgenommene zur Prüfung zulassen. Die Tabelle ist blofser Entwurf zur Vorbereitung der Verhandlung im Prüfungstermine[9]; sie kann in diesem Termine Zusätze erhalten und Abstriche erleiden.

Weil der Gerichtsschreiber nichts zu entscheiden hat, giebt es kein Rechtsmittel gegen die Eintragung durch den Gerichtsschreiber oder gegen deren Unterlassung.

Die Tabelle ist innerhalb des ersten Dritteils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraums auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und abschriftlich dem Verwalter mitzuteilen (§ 140 Abs. 2).

Sind die Vorschriften des § 140 nicht beobachtet, insbesondere die Frist § 140 Abs. 2 nicht eingehalten, so mufs auf Antrag eines Beteiligten und kann von Amtswegen der Prüfungstermin vertagt werden; auf Kosten des Gerichtsschreibers, wenn ihm grobes Verschulden zur Last fällt (arg. § 102 C.Pr.O.).

---

[9] Nach der Ansicht von v. Wilmowski § 128 N. 2, Petersen u. Kleinfeller § 126 bis 128 N. II 2 u. A. hat der Gerichtsschreiber Forderungen, die nicht ordnungsmäfsig angemeldet wurden, nicht einzutragen. Soll die Kognition des Gerichtsschreibers über die Ordnungsmäfsigkeit einer Anmeldung der Prüfung des Konkursrichters vorgreifen? Der Richter kann doch wohl nicht an die Ergebnisse der Kognition seines Gerichtsschreibers gebunden sein! Dann hat aber diese gar keinen Zweck. — Oetker, Grundbegr. I S. 284 verlangt, dafs der gewissenhafte Richter jede Liquidation sofort nach dem Eingang einer Prüfung unterziehe und, wenn er Mängel entdeckt, den Liquidanten sofort bedingt (sc. für den Fall der Nichtergänzung) oder unbedingt zurückweise. Aber nach § 140 Abs. 2 ist die Herstellung der Tabelle vor dem Prüfungstermine Sache des Gerichtsschreibers, nicht des Richters. — Wenn eine kognoszierende Thätigkeit des Gerichtsschreibers und des Gerichts in diesem Stadium nicht stattfindet, so ist damit nicht ausgeschlossen, dafs der Gerichtsschreiber und der Konkursrichter einen Liquidanten auf Mängel seiner Liquidation aufmerksam machen und dadurch zur Ergänzung veranlassen.

6. Hat vor der Eröffnung eines Nachlafskonkurses ein Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschliefsung von Nachlafsgläubigern stattgefunden (vgl. §§ 1970 ff. B.G.B. und §§ 989 ff. C.Pr.O.), so gelten die in dem Aufgebotsverfahren angemeldeten und nicht ausgeschlossenen Forderungen als auch im Nachlafskonkurs angemeldet, sofern das Aufgebot von dem Gerichte, bei welchem der Konkurs anhängig wird, erlassen und das Verfahren nicht vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ohne Ausschlufsurteil erledigt ist (§ 229).

Meistens wird das für das Aufgebotsverfahren zuständige Gericht mit dem für das Konkursverfahren zuständigen Gerichte zusammentreffen (vgl. den § 990 C.Pr.O. und die §§ 72, 73 Fr.G. mit dem § 240 K.O.)[10]. Ist dies der Fall, so gilt die im Aufgebotsverfahren erfolgte Anmeldung auch für das Konkursverfahren unter der zweifachen Voraussetznng, dafs jene Anmeldung den gesetzlichen Erfordernissen einer Anmeldung im Aufgebotsverfahren (§ 996 Abs. 1 B.Pr.O.) genügt und dafs das Aufgebotsverfahren nicht vor der Konkurseröffnung ohne Ausschlufsurteil erledigt ist. Eine Anmeldung im Aufgebotsverfahren, die den gesetzlichen Erfordernissen nicht genügt, hindert die Ausschliefsung der angemeldeten Forderung durch das Ausschlufsurteil nicht; sie ist für das Konkursverfahren unwirksam. Ebenso verhält es sich, wenn das Aufgebotsverfahren vor der Eröffnung des Konkurses durch das Ausschlufsurteil erledigt ist[11]. Dagegen bleibt die Anmeldung wirksam, wenn das Aufgebotsverfahren vor der Eröffnung des Nachlafskonkurses durch das Ausschlufsurteil[12]

---

[10] Nur, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz an mehreren Orten hatte, kann das Konkursverfahren von einem anderen Amtsgericht, als demjenigen, welches das Aufgebot erlassen hat, eröffnet werden (arg. § 214 K.O. mit § 13 C.Pr.O., dann § 73 Fr.G. und § 7 Abs. 2 B.G.B.).

[11] Dies ist möglich, wenn der Antrag auf Erlassung des Aufgebots zurückgenommen wird, ferner, wenn das Gericht nach Erlassung des Aufgebots den Antrag auf Erlassung des Ausschlufsurteils zurückweist, weil es die Legitimation des Antragstellers als nicht gegeben oder sich für unzuständig erachtet (vgl. § 952 Abs. 4 C.Pr.O.), endlich, wenn der Antragsteller weder in dem Aufgebotstermin erschienen ist noch vor dem Termine den Antrag auf Erlassung des Ausschlufsurteils gestellt hat und die sechsmonatige Frist für den Antrag auf Bestimmung eines neuen Termins abgelaufen ist (arg. § 954 C.Pr.O.).

[12] Ist das Ausschlufsurteil erlassen, aber vor der Eröffnung des Nachlafskonkurses zufolge Anfechtungsklage aufgehoben worden (vgl. §§ 957, 958

oder wenn sie durch die Eröffnung des Nachlafskonkurses erledigt wird (vgl. § 993 Abs. 2 C.Pr.O.).

Im Aufgebotsverfahren können Forderungen, die nicht auf einen Geldbetrag oder nicht auf einen bestimmten Geldbetrag oder nicht auf einen Geldbetrag in Reichswährung gerichtet sind, angemeldet werden. Derartige Anmeldungen müssen, um für das Konkursverfahren brauchbar zu werden, durch Umsetzung der Forderungen in Geldforderungen von bestimmten Beträgen in Reichswährung ergänzt werden (arg. § 69). Eine Anmeldung, die nicht auf einen bestimmten Geldbetrag in Reichswährung lautet, ist aber, da sie für das Aufgebotsverfahren ausreicht, im Konkursverfahren nicht vollständig bei Seite zu lassen, sondern so zu behandeln, wie wenn die Anmeldung im Konkursverfahren erfolgt wäre [18].

Ein Vorzugsrecht mufs im Konkurse neu angemeldet werden.

Die hiernach für den Konkurs wirksamen Anmeldungen im Aufgebotsverfahren hat der Gerichtsschreiber in die Konkurstabelle einzutragen. Sie sind zu behandeln, wie andere Anmeldungen im Konkursverfahren.

Die Anmeldung im Aufgebotsverfahren unterbricht die Verjährung nicht (arg. § 209 B.G.B.). Wenn aber eine solche Anmeldung als Anmeldung im Konkurse gilt, so mufs sie auch die Verjährung unterbrechen, und zwar tritt die Unterbrechung nicht mit der Anmeldung im Aufgebotsverfahren, sondern mit der Eröffnung des Nachlafskonkurses ein, da von diesem Zeitpunkt an die Anmeldung als Anmeldung zum Konkurse gilt.

7. Die unter Ziff. 6 entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung, wenn im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschliefsung der Gesamtgutsgläubiger stattgefunden hat (vgl. § 1498 Abs. 2 B.G.B., § 1001 C.Pr.O.) und das Konkursverfahren über das Gesamtgut eröffnet wird (arg. § 236 Satz 1 K.O.).

C.Pr.O.), so gilt die in dem Aufgebotsverfahren erfolgte Anmeldung für den Konkurs, es sei denn, dafs das Urteil wegen Unzulässigkeit des Aufgebotsverfahrens aufgehoben wurde (§ 957 Abs. 2 Nr. 1 C.Pr.O.); denn nur in diesem Fall ist das Aufgebotsverfahren hinfällig.

[18] Vgl. o. S. 254 f.

§ 43.

III. Die Zulassung und die Prüfung der Forderungen.

1. Bei Eröffnung des Konkurses bestimmt das Gericht den allgemeinen Prüfungstermin (§ 110 Abs. 1). Das Gericht kann diesen Termin mit dem Termine zur Beschlufsfassung über die Wahl eines anderen Konkursverwalters sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses verbinden, wenn die Konkursmasse von geringerem Betrage und der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfang ist oder wenn der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag eingereicht hat (§ 110 Abs. 2). Zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine soll ein Zeitraum von mindestens einer Woche und von höchstens zwei Monaten liegen (§ 138 Satz 2). Ist der Termin zu nahe oder zu fern angesetzt, so können die Beteiligten die Verlegung beantragen und sich bei Abweisung des Verlegungsantrags beschweren.

2. In dem Prüfungstermine werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrag und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert (§ 141 Abs. 1). Auch die nach dem Ablaufe der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen und Vorrechte einschliefslich der im Termine selbst angemeldeten gelangen zur Erörterung, wenn weder der Verwalter noch ein Konkursgläubiger gegen die sofortige Erörterung Widerspruch erhebt; anderenfalls ist auf Kosten[1] des Säumigen ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen (§ 142 Abs. 1, 2). Werden Forderungen erst nach dem allgemeinen Prüfungstermin angemeldet, so ist stets ein besonderer Prüfungstermin nötig, dessen Kosten den säumigen Gläubigern zur Last fallen (§ 142 Abs. 3). Jeder besondere Prüfungstermin ist öffentlich bekannt zu machen.

Ohne Mitwirkung des Konkursverwalters kann kein Prüfungstermin abgehalten werden. Wird dem Gerichte rechtzeitig vor dem Termine bekannt, dafs der Verwalter nicht erscheinen kann, so hat es den Termin von Amtswegen zu verlegen; die Verlegung und der neue Termin ist öffentlich bekannt zu machen. Aufserdem mufs der Termin von Amtswegen vertagt werden, wenn der Verwalter nicht erschienen ist. In diesem Falle wird der neue Termin verkündet, nicht öffentlich bekannt gemacht (arg. § 218 C.Pr.O.).

---

[1] Wegen der Gebühr für den besonderen Prüfungstermin s. G.K.G. § 54.

Der Verwalter kann sich im Prüfungstermine durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Das Konkursgericht kann allerdings vermöge seiner Aufsichtsgewalt (§ 83) das persönliche Erscheinen des Verwalters anordnen.

Der Prüfungstermin kann abgehalten werden, wenn weder ein Gläubiger noch der Gemeinschuldner erschienen ist. Die Prüfung einer angemeldeten Forderung oder eines Vorrechts findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermin ausbleibt (§ 143). Die Gläubiger und der Gemeinschuldner können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Ist der Gemeinschuldner nicht erschienen, so kann das Konkursgericht die in § 101 Abs. 2 vorgesehenen Zwangsmittel gegen ihn anwenden; denn er ist verpflichtet, über die Forderungen Auskunft zu erteilen (§§ 100, 141 Abs. 2). Ebenso kann das Konkursgericht verfahren, wenn für den Gemeinschuldner ein Bevollmächtigter erschienen ist, der die erforderlichen Auskünfte nicht erteilen kann.

3. Die Verhandlung im Prüfungstermine wird von dem Amtsrichter (Konkursrichter) geleitet. Dieser hat zunächst darüber zu befinden, welche Forderungen überhaupt zur Prüfung und zur Eintragung in die Tabelle geeignet sind. Als nicht dazu geeignet hat er von Amtswegen zurückzuweisen:

a) Forderungen, die nicht ordnungsmäfsig angemeldet sind; also Forderungen, bei denen die Angabe des Gläubigers oder des Grundes oder des bestimmten Betrags in Reichswährung fehlt, oder die von einer nicht prozefsfähigen Partei oder einer nicht zum gesetzlichen Vertreter legitimierten Person oder von einem angeblichen Bevollmächtigten ohne Vollmachtsnachweis angemeldet sind, wenn der Mangel nicht im Termine gehoben wird.

b) Forderungen ausländischer Gläubiger, denen durch eine gemäfs § 5 Abs. 2 erlassene Anordnung die Teilnahme am Konkurse verwehrt ist[2].

Der Konkursrichter kann eine Forderung nicht deswegen zurückweisen, weil sie erst nach der Konkurseröffnung entstanden oder durch § 2 Abs. 3 oder § 63 vom Konkurse ausgeschlossen ist. Diese Gründe gegen die Teilnahmeberechtigung eines Liquidanten müssen von den Beteiligten durch Widerspruch geltend gemacht werden.

[2] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 280 Ziff. 4. Die Durchführung einer solchen zur Ausübung des Vergeltungsrechts erlassenen Anordnung kann nicht wohl den Beteiligten überlassen werden.

Die Zurückweisung ist als Beschluſs des Konkursgerichts zu formulieren; der Beschluſs ist dem Liquidanten von Amtswegen zuzustellen (§ 73 Abs. 2); gegen den Beschluſs findet die sofortige Beschwerde statt (§ 73 Abs. 3). Die zurückgewiesene Forderung wird in der Tabelle gestrichen.

Dagegen vollzieht sich die Zulassung ohne formuliertes Dekret dadurch, daſs das Konkursgericht die betreffende Forderung zur Erörterung bringt und das Ergebnis in die Tabelle einträgt. Weil keine formulierte Entscheidung erfolgt, so ist gegen die Zulassung keine Beschwerde möglich[3].

4. Die nicht vom Konkursgerichte zurückgewiesenen Forderungen werden in der Weise erörtert, daſs der Konkursrichter sie einzeln nach Grund, Betrag und Vorrecht bezeichnet und den Verwalter, die anwesenden anderen Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner auffordert, sich darüber zu erklären, ob sie gegen die Forderung oder gegen das beanspruchte Vorrecht Widerspruch erheben. Gegen Vorrechtsansprüche können der Verwalter und die Konkursgläubiger, nicht aber der Gemeinschuldner, Widerspruch erheben (arg. §§ 144 Abs. 2, 164 Abs. 2).

Der Verwalter ist zur Erhebung des Widerspruchs als Organ der Gläubigerschaft legitimiert[4]. Diese ist befugt, Liquidanten,

---

[3] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 286 ff. A.M.: Petersen u. Kleinfeller §§ 129 bis 133 N. I 1 u. Petersen, Beitr. z. Erl. d. D.R. XXXVIII, S. 292 ff., die eine Beschwerde gegen die Eintragung in die Tabelle, d. i. also gegen den Akt, wodurch die Zulassung sich vollendet, für statthaft erachten.

[4] In dem früheren gem.-Konkursprozeſs und in zahlreichen Partikularrechten wurde zwischen der Funktion des mit der Verwaltung der Aktivmasse betrauten curator bonorum und der Funktion des bei der Feststellung der Passivmasse mitwirkenden contradictor communis creditorum (auch curator litis genannt) unterschieden. Der contradictor muſste ein Anwalt sein. Er wurde, in Gegensatz zum curator bonorum, ohne Mitwirkung der Gläubiger vom Gericht aufgestellt. Das Gericht hatte darüber zu befinden, ob die Aufstellung eines contradictor notwendig sei. Das Gericht konnte die Funktion des contradictor dem curator bonorum übertragen, wenn dieser Anwalt war. Die Verbindung beider Funktionen war häufig, wahrscheinlich die Regel. Über den Kontradiktor s. Dabelow S. 577 ff.; Schweppe § 102 f.; Danz, summ. Proz. § 179 f.; Puchta § 179 f.; Kori § 78; Bayer § 42 f.; Schmid, Handb. III § 211; Fuchs, Concursverf. § 11 und besonders J. H. Stepf, Die Lehre vom Contradiktor bei erkanntem Concursprozesse nach gem. u. baier. Recht, 2. Aufl., Leipzig 1821 (1. Aufl. Nürnberg 1791), wo auch die ältere Litteratur angegeben ist. Der Kontradiktor kommt erst seit dem 18. Jahrhundert vor.

die nicht zur Teilnahme berechtigt sind, und unbegründete Vorrechtsansprüche abzuwehren, weil durch die Teilnahme Unberechtigter und durch die vorzugsweise Befriedigung von Gläubigern, die kein Vorrecht haben, die Rechte der Gemeinschafter geschmälert würden. Dafs der Verwalter auch einmal der Forderung eines Berechtigten widersprechen kann, ist kein Argument gegen die Annahme, dafs der Verwalter als Organ der Gemeinschaft der berechtigten Gläubiger widerspricht; denn die Gemeinschaft der Gläubiger ist nicht mit den einzelnen Gläubigern identisch.

Den Widerspruch kann der Verwalter darauf stützen:

a) dafs der Gläubiger durch die Vorschriften der §§ 3, 63 von dem Konkurs ausgeschlossen sei;

b) dafs die Forderung ganz oder teilweise nicht zu Recht bestehe; der Verwalter kann insbesondere auch geltend machen, dafs die Forderung durch eine ihm zustehende Aufrechnung erloschen sei;

c) dafs die Forderung unter Umständen entstanden oder erworben worden sei, die die Anfechtung nach den Vorschriften der §§ 29 ff. begründen.

Übrigens braucht der Widerspruch im Prüfungstermine nicht auf Gründe gestützt zu werden. Diese treten erst im weiteren

---

Ob früher der curator bonorum als solcher die Liquidationen bestreiten konnte oder ob die Bestreitung nur durch den Gemeinschuldner und die Gläubiger erfolgen konnte, ist ungewifs. Wahrscheinlich ist das zweite; Salgado de Samoza, der die Befugnisse des curator bonorum genau aufzählt (P. I c. 13) erwähnt die Befugnis, den Liquidationen entgegenzutreten, nicht. Auch der Anlafs zur Einführung des contradictor liegt im Dunkel.

Ob der Kontradiktor die Gläubiger oder den Gemeinschuldner vertrete, war streitig. Als Vertreter der Gläubiger wurde er z. B. von Schweppe § 102 und Puchta § 180 betrachtet, wogegen die meisten Schriftsteller, z. B. Dabelow S. 577 ff., Danz § 179, Kori § 78, Bayer § 42, Schmid, Handb. III § 211, Fuchs § 11, ihn als Vertreter des Kridars betrachteten. Stepf § 15 betrachtet den Kontradiktor als den „gemeinschaftlichen Anwalt des Schuldners und der Creditoren gegen jeden Einzelnen, des Schuldners, weil er gar nicht concursmäfsig ist, wenn die Forderungen nicht gegründet sind, und der Creditoren, weil diese desto mehr aus der Masse zu hoffen haben, je weniger Forderungen concurrieren". Ähnlich: Gönner, Handb IV. Bd. S. 571. — Was das moderne Recht betrifft, so hält die Mehrzahl der Schriftsteller den Verwalter auch in seiner Funktion als Kontradiktor für den Vertreter des Gemeinschuldners. Dafs er dies nicht ist, dürfte schon daraus hervorgehen, dafs der Gemeinschuldner einer Forderung widersprechen kann, die der Verwalter nicht bestreitet, und dafs der Widerspruch des Gemeinschuldners eine ganz andere Wirkung hat, als der Widerspruch des Verwalters.

Verlaufe des Feststellungsverfahrens hervor. Daher können hier auch andere Gründe als die im Prüfungstermine vorgebrachten geltend gemacht werden.

Aufser dem Verwalter hat jeder konkurrierende Konkursgläubiger das Recht, den angemeldeten Forderungen und Vorrechten zu widersprechen. Der Widerspruch des einzelnen kommt sämtlichen beteiligten Konkursgläubigern zu gut; denn, wenn es dem einzelnen gelingt, durch seinen Widerspruch einen Liquidanten von der Teilnahme am Konkurs oder von vorzugsweiser Befriedigung abzuhalten, so erhalten sämtliche Berechtigte die gröfsere Konkursquote. Gleichwohl ist der opponierende Einzelgläubiger nicht etwa Vertreter der Gläubigerschaft, sondern er opponiert kraft seines eigenen Rechts auf Befriedigung aus der Konkursmasse. Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

a) Zur Erhebung des Widerspruchs ist nur derjenige Konkursgläubiger legitimiert, welcher seine Forderung zum Konkurs angemeldet hat. Zieht jemand seine Anmeldung zurück, so wird sein Widerspruch unwirksam.

b) Zur Erhebung des Widerspruchs ist nur der Liquidant legitimiert, dessen Forderung vom Konkursgerichte durch Eintragung in die Tabelle (unbedingt oder bedingt) zur Teilnahme am Konkurse zugelassen wird. Die Wirksamkeit des Widerspruchs eines Liquidanten, dessen Forderung im Prüfungsverfahren erst später an die Reihe kommt, ist bis zu seiner Zulassung in der Schwebe; wird er nicht zugelassen, so ist sein Widerspruch wirkungslos[5].

c) Dagegen hängt die Wirksamkeit des Widerspruchs eines Liquidanten nicht davon ab, dafs seine Forderung im Prüfungsverfahren schon festgestellt ist; widersprechen kann auch der Gläubiger, dessen Forderung im Prüfungstermine streitig bleibt[6]. Doch mufs im späteren Feststellungsprozesse (§ 146) der Widerspruch eines Liquidanten, der selbst auf Widerspruch seiner For-

---

[5] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 318.

[6] Der Code de comm. art. 504, das franz. Faill.Ges. v. 1838 art. 494 und die österr. K.O. § 119 gestatten die aktive Beteiligung an der Prüfungsverhandlung nur den Gläubigern, deren Forderungen anerkannt oder doch in die Bilanz aufgenommen worden sind. Die Mot. z. E. e. K.O. S. 362 mifsbilligen derartige Vorschriften, weil sie der Willkür und den Zufälligkeiten einen unzulässigen Einfluſs gewähren. Sie haben aber auch ihre Vorteile.

derung stiefs, als unberechtigt zurückgewiesen werden, wenn dem Opponenten seine Forderung durch rechtskräftiges Urteil abgesprochen ist; denn damit ist ihm die Legitimation zur Erhebung des Widerspruchs entzogen. Dieses Aufhören der Legitimation des Opponenten kann jedoch nur berücksichtigt werden, wenn der mit dem Opponenten geführte Feststellungsprozefs noch die Berücksichtigung ermöglicht. Ist der Prozefs bereits rechtskräftig zu Gunsten des Opponenten entschieden, so nützt der Wegfall seiner Legitimation dem abgewiesenen Liquidanten nichts mehr[7].

d) Bevorrechtigte Gläubiger können nur Forderungen und Vorrechte bestreiten, durch die sie selbst beeinträchtigt werden. Liquidationen, für die kein Vorrecht beansprucht wird, können daher von bevorrechtigten Gläubigern, die als solche im Prüfungstermin anerkannt wurden, überhaupt nicht bestritten werden[8].

Entsprechend gestaltet sich im Nachlafskonkurse das Verhältnis der nicht zurückgesetzten Gläubiger zu den zurückgesetzten (§ 226 Abs. 2 bis 4) und das Verhältnis der in ungleichem Range stehenden zurückgesetzten Gläubiger zu einander.

[7] Die Mot. S. 362 sagen: „Übrigens ist nicht zu bezweifeln, dafs ein Liquidant, dessen Forderung von einem anderen Gläubiger bestritten ist, im Specialprozesse das Interesse und die Sachlegitimation des letzteren bestreiten und dadurch dessen Widerspruch beseitigen kann". Das ist nur insoweit richtig, als die Forderung des Opponenten noch nicht festgestellt ist; die Legitimation eines Opponenten, dessen Forderung festgestellt ist, kann im Feststellungsprozesse nicht bestritten werden (arg. §§ 145 Abs. 2, 147). — Vgl. v. Wilmowski § 129 N. 4; Petersen u. Kleinfeller §§ 129 bis 133 N. I 2, § 134 N. III 2 S. 449; v. Sarwey u. Bofsert § 129 N. 4; Endemann S. 529; Kohler, Lehrbuch S. 560. — Oetker, Grundbegr. I S. 313 f. ist der Ansicht, dafs die Legitimation des Opponenten mit der Löschung seiner Forderung in der Tabelle endige, dafs aber wegen des circulus vitiosus, der sich sonst bei wechselseitigem Widerspruch ergäbe, vor der Löschung die Legitimation eines Opponenten nicht bekämpft werden könne. Es entsteht aber kein circulus vitiosus, weil die rechtskräftige Entscheidung, die einen Liquidanten abweist, gegen den nachträglichen Wegfall der Legitimation des Opponenten unempfindlich ist. Ist ein Widerspruch rechtskräftig als unbegründet erkannt, so kommt ohnehin auf die Legitimation des Opponenten nichts mehr an.

[8] So die herrschende Ansicht. A.M.: Oetker, Grundbegr. 1 S. 491 wegen des Interesse der Bevorrechtigten, zu verhüten, dafs Unberechtigte durch Teilnahme an den Gläubigerversammlungen Einfluss auf das Konkursverfahren gewinnen. Für Oetker haben sich Petersen u. Kleinfeller §§ 129 bis 133 N. I 2, 3. Aufl. S. 426 erklärt. Jenes Interesse dürfte aber zum Widerspruche nicht genügen. Vgl. a. K.Pr. S. 92 und bayer. Pr.O. v. 1869 Art. 1263 Abs. 3.

e) Den Widerspruch kann der einzelne Gläubiger sowohl darauf stützen, dafs die angemeldete Forderung vom Konkurs ausgeschlossen sei (§§ 3, 63), als auch darauf, dafs sie ganz oder teilweise nicht zu Recht bestehe; nicht aber darauf, dafs die Rechtshandlung, aus der die Forderung entstanden ist, anfechtbar sei; denn die Ausübung des Anfechtungsrechts steht ausschliefslich dem Verwalter zu. Übrigens hat der Gläubiger so wenig wie der Verwalter nötig, seinen Widerspruch schon im Prüfungstermine zu begründen.

Die Befugnis des Gemeinschuldners zur Bestreitung der Forderungen hängt damit zusammen, dafs für die Gläubiger, deren Forderungen im Laufe des Konkurses festgestellt und nicht vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten worden sind, nach Aufhebung des Konkurses die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle stattfindet (§§ 164 Abs. 2, 194).

Bestreiten kann der Gemeinschuldner nur die Existenz der Forderung, nicht die Eigenschaft der bestehenden Forderung als Konkursforderung; denn daran hat er kein rechtliches Interesse. Ein Vorrecht der Forderung kann er nicht bestreiten (arg. §§ 144 Abs. 2, 164 Abs. 2, 194, wo immer nur von einem Bestreiten der Forderung, nicht eines Vorrechts, die Rede ist).

5. Jeder Widerspruch mufs im Prüfungstermin und zwar vor Abschlufs der Erörterung der einzelnen Liquidation mündlich erhoben werden. Mit dem Schlusse der Erörterung ist der Widerspruch ausgeschlossen. Diese Ausschliefsung trifft auch die nicht erschienenen Liquidanten und den nicht erschienenen Gemeinschuldner. Diesem kann durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geholfen werden (§ 165), dem Verwalter und den Gläubigern nicht. Uber bestrittene Forderungen und Vorrechte kann, wenn die Liquidanten erschienen sind, im Termin eine Verhandlung stattfinden, um einen gütlichen Ausgleich herbeizuführen. Das Gericht kann zu diesem Zwecke Ermittelungen anordnen, soweit solche keine Verzögerung mit sich bringen. Eine Beweisaufnahme kann das Gericht nicht beschliefsen, insbesondere kann es keine Eide abnehmen.

Wird die Prüfung sämtlicher Liquidationen nicht in einem Termine beendigt, so ist von Amtswegen ein weiterer Termin zur Fortsetzung der Prüfungsverhandlung anzuberaumen und zu verkünden (arg. §§ 136 Abs. 3, 206 C.Pr.O.); zu diesem Termin ist

eine Ladung nicht erforderlich (arg. § 218 C.Pr.O.) und folglich auch keine öffentliche Bekanntmachung.

Jeder erhobene Widerspruch kann noch nach der Beendigung des Prüfungstermins durch einen bei dem Konkursgericht einzureichenden Schriftsatz oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers zurückgezogen werden. Die Zurückziehung ist von Amtswegen in der Tabelle zu vermerken.

6. Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermin ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird oder soweit ein solcher Widerspruch durch die Verhandlung oder durch Zurückziehung oder durch einen späteren Prozefs beseitigt ist (§ 142 Abs. 2). Ebenso verhält es sich mit einem Vorrechte.

Bestreitung von Seite des Gemeinschuldners hindert die Feststellung nicht, sondern nur die Vollstreckbarkeit der Feststellung nach Beendigung des Konkurses (§§ 164 Abs. 2, 194). Daher kann der Gläubiger in diesem Falle den Gemeinschuldner schon während des Konkurses auf Zahlung verklagen, um nach Beendigung des Konkurses einen Vollstreckungstitel zu haben. Daher kann der Gläubiger auch einen Rechtsstreit, der über die Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung anhängig war, gegen den Gemeinschuldner aufnehmen (§ 144 Abs. 2)[9]. Der Gemeinschuldner kann dies nicht; er hat auch kein Mittel, um den Gläubiger zur Aufnahme zu nötigen.

Über die Verhandlung im Prüfungstermin ist ein Protokoll aufzunehmen (§ 72 K.O. mit §§ 159, 160 C.Pr.O.). Das Gericht hat nach Erörterung jeder einzelnen Forderung das Ergebnis in die Tabelle einzutragen (§ 145 Abs. 1 Satz 1 K.O.). Bei bestrittenen Forderungen oder Vorrechten ist zu vermerken, inwieweit und von wem Widerspruch erhoben worden ist. Auch eine Bestreitung des Gemeinschuldners ist vorzumerken, wegen §§ 164 Abs. 2, 194.

Gegen die Eintragungen in die Tabelle findet keine Beschwerde statt, weil keine formulierte Entscheidung des Konkursgerichts erfolgt[10].

---

[9] Nach § 146 Abs. 3 kann derselbe Prozefs auch gegen den Verwalter und gegen einen Gläubigeropponenten aufgenommen werden, sodafs aus dem einen Prozesse mehrere Prozesse herauswachsen können. Vgl. R.G.Entsch. XIII S. 315 ff.

[10] Vgl. o. S. 260 bei N. 3.

Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden ist von dem Gerichtsschreiber auf Antrag die Feststellung zu vermerken (§ 145 Abs. 1 Satz 2), um deren Übertragung zu erleichtern.

In entsprechender Anwendung des § 319 der C.Pr.O. sind Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die bei den Eintragungen in die Tabelle durch Versehen des Gerichts unterliefen, von Amtswegen zu berichtigen.

7. Die Eintragung in die Tabelle gilt in Ansehung der festgestellten Forderungen ihrem Betrag und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern (§ 145 Abs. 2). Hieraus folgt:

a) Der Gläubiger, dessen Forderung als festgestellt eingetragen worden ist, kann sich gegenüber anderen Konkursgläubigern und gegenüber dem Verwalter als dem Organe der Gläubigerschaft[11] auf die Eintragung wie auf ein rechtskräftiges Urteil berufen und dem Versuche, die Forderung oder das Vorrecht nachträglich zu bestreiten, die Einrede der abgeurteilten Sache entgegensetzen. Ebenso können aber auch der Konkursverwalter und die Konkursgläubiger gegenüber dem Gläubiger der festgestellten Forderung sich auf die Rechtskraft der Eintragung berufen, wenn der Gläubiger durch eine neue Anmeldung dieselbe Forderung in höherem Betrage (z. B. eine erhöhte Schadensersatzforderung aus demselben Grunde) oder für eine nicht als bevorrechtigt festgestellte Forderung ein Vorrecht oder ein besseres Vorrecht geltend macht[12].

b) Der Gläubiger, dessen Forderung als festgestellt eingetragen worden ist, erlangt den anderen Konkursgläubigern gegenüber ein Recht auf Teilnahme an der konkursmäfsigen Befriedigung mit der festgestellten Forderung. Materiellrechtliche Einwendungen, die eine festgestellte Forderung betreffen (z. B. die Einwendung der Zahlung), sind nur soweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Prüfungstermin entstanden sind (arg. § 767 Abs. 2 C.Pr.O.). Sie sind durch Klage bei dem Konkursgerichte geltend zu machen (arg. § 767 Abs. 1

---

[11] Vgl. a. R.G. in S.A. XLIX Nr. 227.

[12] Vgl. R.G.Entsch. XX S. 412 ff., XXXVIII S. 417 ff. A.M.: Kohler, Lehrb. S. 557 f. bezüglich der nachträglichen Geltendmachung eines Vorrechts; vgl. dagegen preufs. K.O. § 174.

C.Pr.O.)[13]; alle Einwendungen, die der Kläger zur Zeit der Klageerhebung geltend zu machen imstande war, müssen auf einmal geltend gemacht werden (§ 767 Abs. 3 C.Pr.O.). Zu dieser Klage ist sowohl der Verwalter wie auch der einzelne Konkursgläubiger legitimiert, da auch der einzelne Gläubiger die Befugnis zum Widerspruche hat.

c) Die eingetragene Feststellung kann weder durch die Rechtsmittel der C.Pr.O. noch durch Einspruch angefochten werden (arg. § 705 C.Pr.C.); wohl aber findet gegen die Feststellung die Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage nach Maßgabe der §§ 578 ff. C.Pr.O. statt[14]. Zu diesen Klagen ist sowohl der Konkursverwalter wie jeder konkurrierende Konkursgläubiger legitimiert. Auch der Gläubiger, dessen Forderung festgestellt ist, kann eine Wiederaufnahmeklage erheben; denn die Rechtskraftwirkung kann zu seinem Nachteil ausschlagen.

Gegenüber dem Gemeinschuldner hat die Feststellung einer Forderung die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils, wenn der Gemeinschuldner weder im Prüfungstermine die Forderung ausdrücklich bestritten noch die Bestreitung auf dem Wege der Wiedereinsetzung (§ 165) nachgeholt hat (arg. § 164 Abs. 2, 194, 206 Abs. 2). Das Nähere hierüber s. u. § 52 Ziff. 2 litt. d.

Wegen dieser Rechtskraftwirkungen stehen dem Gemeinschuldner, der die Forderung nicht bestritten hat, auch die Widerspruchsklage aus § 767 C.Pr.O. und die Wiederaufnahmeklagen zu.

Hat der Gemeinschuldner die Forderung im Prüfungstermin oder auf dem Restitutionswege bestritten, so ist die Feststellung ihm gegenüber unwirksam; folglich kann er auch nicht gegen die Feststellung reagieren.

§ 44.

IV. Die Behandlung der streitigen Forderungen.

Unter den streitig gebliebenen Forderungen sind zu unterscheiden Forderungen, für die weder ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, noch ein Endurteil, noch ein

---

[13] Vgl. R.G.Entsch. XXI S. 331 ff.

[14] So die Mot. S. 374, alle Kommentare; Endemann S. 542; Kohler, Lehrb. S. 556 f.; Petersen, Beitr. z. Erl. d. D.R. XXXVIII S. 297 ff. A.M.: Oetker, Grundbegr. I S. 393 wegen der Beschränkung des Widerspruchs auf den

Vollstreckungsbefehl vorliegt, und Forderungen, für die ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt. Jene Forderungen werden zur Beteiligung an der konkursmäfsigen Befriedigung zugelassen unter der Bedingung, dafs es dem Liquidanten gelingt, den Widerspruch zu beseitigen; diese werden zugelassen unter der Bedingung, dafs es dem Opponenten nicht gelingt, die Vollstreckungsklausel, den Schuldtitel, das Endurteil oder den Vollstreckungsbefehl zu beseitigen[1]. Jene kann man die nicht titulierten, diese die titulierten Forderungen heifsen[2].

Der Gläubiger, der als titulierter Gläubiger zugelassen werden will, mufs die den Titel enthaltende Urkunde dem Gerichte vorlegen. Eines ausdrücklichen Verlangens, als titulierter Gläubiger zugelassen zu werden, bedarf es nicht.

Vorrechte als solche sind durch den Titel niemals festgestellt. Folglich ist ein bestrittenes Vorrecht auch bei titulierter Forderung nur unter der Bedingung zuzulassen, dafs der Vorrechtsliquidant den Widerspruch gegen das beanspruchte Vorrecht beseitige. Auch die Qualifikation einer titulierten Forderung als Konkursforderung wird durch den Titel nicht erwiesen. Daher ist die titulierte Forderung, deren Qualifikation als Konkursforderung mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 3, 63 bestritten ist, ebenfalls nur unter der Bedingung zuzulassen, dafs der Liquidant den Widerspruch gegen die bezeichnete Qualifikation beseitige.

1. Die nicht titulierten Forderungen.

Dem Gläubiger bleibt überlassen, die Feststellung gegen die Bestreitenden zu betreiben (§ 146 Abs. 1 Satz 1). Zu diesem Behufe hat ihm das Gericht einen Auszug aus der Tabelle, worin die Opponenten angegeben sind, in beglaubigter Form zu erteilen (§ 146 Abs. 1 Satz 2).

Prüfungstermin. Aber es handelt sich eben darum, die durch den Schlufs der Prüfungsverhandlung eingetretene und durch die Feststellung in der Tabelle realisierte Versäumnisfolge wegen des Nichtigkeits- oder des Restitutionsgrundes zu beseitigen! — Darüber, welche Nichtigkeits- und Restitutionsgründe in Betracht kommen können, s. Petersen a. a. O. S. 298 f.

[1] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 294 ff.

[2] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 299 ff. Der Ausdruck ist ungenau, denn die Forderung, für die ein noch nicht vollstreckbares Endurteil vorliegt, gehört zu den „titulierten" Forderungen, obwohl sie keinen Vollstreckungstitel hat.

Der Anlafs zur Betreibung ergiebt sich aus der Vorschrift des § 152, wonach der Gläubiger einer bestrittenen Forderung bei einer Verteilung nicht berücksichtigt wird, wenn er nicht innerhalb der Ausschlufsfrist dem Verwalter den Nachweis führt, dafs und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozefs aufgenommen ist.

Steht die Entscheidung über Forderungen der betreffenden Art den ordentlichen Gerichten zu, so hat der Liquidant im ordentlichen Verfahren[3] gegen die Opponenten auf Repression des Widerspruchs zu klagen. Das Gesetz spricht von „Klage auf Feststellung" (§ 146 Abs. 2 Satz 1). Eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 C.Pr.O. ist die Klage aber nicht; denn sie bezweckt nicht, wie die Klage nach § 256 C.Pr.O., blofs die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, sondern die Zulassung zur konkursmäfsigen Befriedigung[4].

Sind mehrere Opponenten vorhanden, so hängt die definitive Zulassung des Gläubigers davon ab, dafs er alle überwindet.

Der Gläubiger kann die mehreren Opponenten als Streitgenossen verklagen. Ob sie Streitgenossen im Sinne des § 62 C.Pr.O. sind, hängt von der Verteidigung im einzelnen Falle ab. Solange sich dabei keine Verschiedenheit der Widersprüche ergiebt, ist die Streitgenossenschaft eine qualifizierte im Sinne des § 62

---

[3] Kohler, Lehrb. S. 564 versteht unter dem ordentlichen Verfahren hier jedes Verfahren, das nicht Konkursverfahren ist. Aber weder der Urkunden- und Wechselprozefs, noch das Mahnverfahren pafst für den Feststellungsstreit, weil sie bei Widerspruch des Beklagten kein endgiltiges Resultat liefern. — Im schiedsrichterlichen Verfahren kann geklagt werden, wenn der Liquidant und der Opponent einen Schiedsvertrag schliefsen; denn sie können sich auch vergleichen. A.M.: v. Wilmowski § 134 N. 3 Abs. 4, Petersen u. Kleinfeller § 134 N. I 4, Oetker, Grundbegr. I S. 333 N. 4. — Auch ist der Opponent (Verwalter oder Gläubiger) an einen Schiedsvertrag, den der Gemeinschuldner früher geschlossen hatte, gebunden; die Opposition des Verwalters wie des Gläubigers fufst auf dem mit der Konkurseröffnung entstandenen Pfandrecht, und dieses ist von dem Gemeinschuldner hergeleitet. Vgl. Kohler, Beitr. z. E. d. D.R. XXXI S. 524 u. Lehrb. S. 563, sowie v. Völderndorff II S. 403.

[4] Dieselbe Ansicht über die Natur der Klage findet sich bei v. Wilmowski § 127 N. 1 Abs. 3; Struckm. u. Koch, C.Pr.O. § 231 (alt) N. 2; Weismann, Feststellungsklage S. 142 ff. u. Hauptintervention S. 152 N. 37; Rocholl, Ztschr. f. d. C.Pr. VIII S. 408 ff.; Wach, Feststellungsanspruch S. 41 f.; Oetker, Grundbegr. I S. 309 ff., 580; R.G.Entsch. XXIV S. 61. A.M.: Petersen u. Kleinfeller § 134 N. III 1; Leonhard, Ztschr. f. d. C.Pr. XV S. 358 f.; Kohler, Kr.V. J.Schr. XXII S. 383 u. Lehrb. S. 561 Nr. 1.

C.Pr.O., weil nur einheitlich entschieden werden kann. Anders, wenn zufolge verschiedenartiger Widersprüche die Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung entfällt, z. B. wenn ein Opponent das Bestehen der Forderung, der andere nur deren Eigenschaft als Konkursforderung, der dritte nur den beanspruchten Rang bestreitet; dann fällt die Streitgenossenschaft nicht unter § 62 C.Pr.O.

Der Gläubiger kann die mehreren Opponenten aber auch einzeln und nacheinander verklagen. Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse anordnen (§ 147 C.Pr.O.). Da der Sieg über einen von mehreren Opponenten dem Gläubiger die Zulassung zur konkursmäfsigen Befriedigung noch nicht verschafft, kann das Urteil gegen einen Opponenten nicht auf Feststellung im Sinne des § 146, sondern nur auf Zurückweisung des Widerspruchs des Beklagten lauten. Erst aus der Summe der Urteile gegen alle Opponenten ergiebt sich die Feststellung. Das zu Gunsten eines Opponenten ergangene Urteil ist auch für die anderen Opponenten wirksam (vgl. u. S. 277).

Für die Klage ist das Amtsgericht, bei dem das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, das Landgericht[5] ausschliefslich zuständig, zu dessen Bezirke das Konkursgericht gehört (§ 146 Abs. 2 Satz 2). Der Wert des Streitgegenstandes ist mit Rücksicht auf das Verhältnis der Teilungs- zur Schuldenmasse von dem Prozefsgerichte nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 148). Der Wert einer Forderung richtet sich also nach der mutmafslichen Konkursdividende, der eines Vorrechts nach dem Unterschiede zwischen dem Betrage, der auf die Forderung mit Vorrecht, und dem Betrage, der auf die Forderung ohne Vorrecht fallen wird.

[5] Nur die Civilkammer oder auch die Kammer für Handelssachen? Auf Grund der Nr. 1 des § 101 G.V.G. kann die K. f. H.S. nicht angegangen werden, weil der Verwalter als solcher und der Gläubigeropponent als solcher kein Kaufmann und die Klage keine Klage aus ihren kaufmännischen Geschäften ist. Auf Grund der Nrn. 2, 3 des § 101 G.V.G. kann die K. f. H.S. aber wohl angegangen werden. Vgl. Kohler, Lehrb. S. 563 N. 4. Anders die herrschende Meinung, hauptsächlich wegen der Mot. S. 365. Als der Entw. e. K.O. verfafst wurde, waren im Entw. d. G.V.G. besondere Handelsgerichte neben den Landgerichten in Aussicht genommen. Diese waren in § 134 des Entw. e. K.O. nicht genannt und daher ausgeschlossen. Da die jetzigen K.K. f. H.S. Bestandteile der Landgerichte sind, sind sie durch den Text des § 134 nicht ausgeschlossen. Sachliche Erwägungen ergeben nur die obige Beschränkung. — Vorrechtstreitigkeiten gehören nie vor die K. f. H.S., weil das keine Handelssachen sind.

Ausschliefslich ist nur die örtliche Zuständigkeit der bezeichneten Gerichte, nicht die sachliche Zuständigkeit des Amts- oder Landgerichts; die sachliche Zuständigkeit unterliegt daher der Vereinbarung.

Der Opponent kann nicht gegen den Liquidanten auf negative Feststellung klagen; denn er hat kein rechtliches Interesse daran, dafs die Nichtberechtigung eines Liquidanten, der die Initiative zur Feststellung nicht ergriffen hat, festgestellt werde[6].

War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig[7], so ist deren Feststellung durch Aufnahme des Rechtsstreits (C.Pr.O. § 227) zu verfolgen (K.O. § 146 Abs. 3). Nur der Liquidant, nicht der Opponent, kann den Streit aufnehmen[8]. Der Opponent tritt an Stelle des Gemeinschuldners in die Prozefslage ein, welche zur Zeit der Unterbrechung vorhanden ist. Für die früher erwachsenen Kosten haftet er aber nicht. Der Liquidant mufs seinen ursprünglichen Antrag umstellen und auf Zulassung zum Konkurse richten. Gegen mehrere Opponenten kann der Prozefs einheitlich oder gesondert betrieben werden. Bei gesondertem Betriebe ergeben sich dieselben Situationen, die oben für den Fall gesonderter Klagestellung erörtert wurden.

Wenn die Aufnahme eines anhängigen Prozesses thunlich ist, steht dem Liquidanten nicht frei, eine neue Klage zu erheben; der Klage steht die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen.

---

[6] Vgl. R.G.Entsch. XVI S. 361 f.

[7] Nur die Anhängigkeit bei einem inländischen Gerichte kommt in Betracht. Vgl. Borchardt, Beitr. z. E. d. D.R. XXXIII S. 626 ff. u. Oetker, Grundbegr. I S. 345. — Die Anhängigkeit bei einem Schiedsgerichte kommt in Betracht, wenn man den Schiedsvertrag des Gemeinschuldners als verbindlich für den Opponenten erachtet, s. o. N. 3. — Prozesse, die bei einer Kammer f. Handelssachen anhängig sind, können bei dieser aufgenommen werden; sie sind nach Umständen (s. o. N. 5) zur Civilkammer zu verweisen (G.V.G. § 103). — Der anhängige Urkunden- oder Wechselprozefs ist aufzunehmen und durch Absehen vom Urkundenprozefs (C.Pr.O. § 596) in das ordentliche Verfahren überzuleiten. Ist dies unmöglich, weil der Prozefs nicht mehr in der ersten Instanz anhängig ist, so ist die Klage zurückzunehmen und neue Klage im ordentlichen Prozesse zu erheben. Vgl. v. Wilmowski § 134 N. 5; Petersen u. Kleinfeller § 134 N. II 1; Oetker, Grundbegr. I S. 344. A.M. Stein, Urkundenprozefs S. 356. — Das Mahnverfahren ist ebenfalls aufzunehmen und, wenn von dem Opponenten Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben wird, in das ordentliche Verfahren überzuleiten. War Widerspruch vor der K.E. erhoben, so ist das Verfahren schon im ordentlichen Verfahren anhängig (arg. § 695 C.Pr.O.); das Verfahren ist nach § 696 oder § 697 C.Pr.O. zu betreiben. Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 344 f.

[8] Vgl. R.G.Entsch. XVI S. 358 ff.

Sowohl bei der Klage wie bei der Aufnahme eines Rechtsstreits kann der Feststellungsantrag nur auf den Grund gestützt und auf den Betrag gerichtet werden, der in der Anmeldung oder im Prüfungstermin angegeben und in die Tabelle eingetragen ist (§ 146 Abs. 4). Bei Änderung des Forderungsgrundes würde die Feststellungsklage oder der Antrag in dem aufgenommenen Prozesse des Zusammenhangs mit der bestrittenen Forderung entbehren. Auch bei Erhöhung des Betrags läge eine Feststellungsklage in Bezug auf eine nicht angemeldete und nicht zugelassene Forderung vor. Die Klage etc. wäre als zur Zeit unzulässig durch absolutio ab instantia abzuweisen. Neue Anmeldung ist möglich.

Entsprechend verhält es sich mit der Geltendmachung eines anderen als des bestrittenen Vorrechts.

Im Prozesse gegen einen Opponenten kann ein anderer Opponent dem Beklagten als Nebenintervenient beitreten; denn er hat ein rechtliches Interesse an dessen Sieg, da das Urteil, wodurch ein Widerspruch für begründet erklärt wird, auch zu seinen Gunsten wirkt (§ 147 Satz 1). Wer nicht opponiert hat, kann trotz seinem Interesse nicht intervenieren, weil die Befugnis, die Forderung zu bekämpfen, durch die Unterlassung des Widerspruchs im Prüfungstermin ausgeschlossen ist[9]. Der Gemeinschuldner kann niemals intervenieren. Hat er die Forderung im Prüfungstermine bestritten, so hat er an dem Siege des Opponenten kein rechtliches Interesse, da er durch die Bestreitung der Forderung der Wirkung des Feststellungsurteils gegen seine Person bereits vorgebeugt hat. Hat er die Forderung nicht bestritten, so ist er zwar an dem Siege des Opponenten interessiert (arg. § 164 Abs. 2), aber er kann nicht intervenieren, weil er durch die Beendigung des Prüfungsverfahrens mit der Befugnis, die Forderung im Prozesse zu bekämpfen, ausgeschlossen ist.

Ist für die Feststellung einer streitig gebliebenen Forderung ein besonderes Gericht[10], eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig, so hat der Gläubiger die Feststellung der Forderung bei dem besonderen Gericht etc. etc. zu betreiben

---

[9] Vgl. v. Wilmowski § 133 N. 1, § 134 N. 3; Wach, Handb. I S. 624. Teilweise anders Petersen u. Kleinfeller § 134 N. I 3 und Oetker, Grundbegr. I S. 331 f.

[10] Vgl. § 14 G.V.G., ferner R.G. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte. Den württ. Gemeindegerichten sind Liquidationsstreitigkeiten ausdrücklich entzogen durch Art. 3 Abs. 2 württ. A.G. z. C.Pr.O. Baden hat für seine

und, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens ein Verfahren schon anhängig war, durch Aufnahme des Verfahrens zu verfolgen (§ 146 Abs. 5). Das Verfahren richtet sich nach den Landesgesetzen. Ist nur die Berechtigung einer Forderung zur Teilnahme am Konkurs oder nur ein Vorrecht streitig, so gehört der Feststellungsstreit vor das ordentliche Gericht.

Die Aufhebung des Konkursverfahrens auf Grund der Schlufsverteilung hat auf den anhängigen Liquidationsprocefs keinen Einfluſs. Derselbe nimmt seinen Fortgang unter den Parteien[11]. Die zurückbehaltene, eventuell für eine Nachtragsverteilung freiwerdende Dividende kommt den Gläubigern, nicht dem Gemeinschuldner, zu gut.

Durch Aufhebung des Konkurses auf Grund eines Zwangsvergleichs wird der Liquidationsprozefs in der Hauptsache gegenstandslos, wenn noch keine Abschlagsdividende hinterlegt ist.

Der in der Hauptsache gegenstandslos gewordene Prozefs kann in Ansehung des Kostenpunktes fortgesetzt werden, und zwar, wenn der Verwalter opponiert hatte, gegen den Gemeinschuldner, sonst gegen den Gläubiger-Opponenten. Die Legitimation des Gemeinschuldners in jenem Falle folgt daraus, daſs vor der Aufhebung der eventuelle Kostenerstattungsanspruch des Gläubigers sicher zu stellen ist (arg. § 191 Abs. 1 Satz 2) und daſs die Sicherheit eventuell für den Gemeinschuldner frei wird (arg. § 192).

Ist eine Abschlagsdividende hinterlegt, so kann der Prozefs auch in der Hauptsache fortgeführt werden, und zwar tritt stets der Gemeinschuldner an die Stelle des Opponenten, da ihm eventuell der hinterlegte Betrag gehört (arg. § 192).

Wird das Verfahren eingestellt (§§ 202, 204), so verhält es sich wie bei der Aufhebung des Verfahrens nach einem Zwangsvergleich (arg. § 206 Abs. 1).

2. Die titulierten Forderungen.

Titulierte Forderungen sind diejenigen, für welche der Liquidant dem Konkursgerichte vor oder bei der Prüfungsverhandlung

---

Gemeindegerichte nichts darüber bestimmt; aber die Liquidationsstreitigkeiten dürften gleichwohl nicht vor diese Gerichte gehören. — Die Kompetenz der Gewerbegerichte umfaſst Liquidationsstreitigkeiten nicht. — Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 346 f.

[11] Der Verwalter bleibt für solche Prozesse legitimiert; vgl. R.G.Entsch. XXVIII S. 70.

einen mit der Vollstreckungsklausel (§ 725 C.Pr.O.) versehenen Schuldtitel[12], ein Endurteil[13] oder einen Vollstreckungsbefehl (§ 699 C.Pr.O.)[14] vorgelegt hat. In Ansehung einer solchen Forderung hat nicht der Gläubiger die Feststellung zu betreiben, sondern der Opponent hat den Widerspruch zu verfolgen (§ 146 Abs. 6).

Die Art und Weise der Verfolgung des Widerspruchs ist nach der Art des Titels und nach dem Widerspruchsgrunde verschieden. In Betracht kommen die Anfechtung der Vollstreckungsklausel durch Erhebung von Einwendungen nach §§ 732, 797 Abs. 3 oder durch Klage nach §§ 768, 796 Abs. 3, 797 Abs. 5 der C.Pr.O., die Anfechtung des Titels durch Einspruch, Berufung, Revision[15], Beschwerde, Nichtigkeitsklage, Restitutionsklage, Widerspruchsklage (§§ 767, 796 Abs. 2, 3, 797 Abs. 4 C.Pr.O.), die Anfechtung des mit Vorbehalt ergangenen Urteils im Nachverfahren nach §§ 302 Abs. 4, 541, 600 der C.Pr.O. und die Anfechtung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung selbst wegen Benachteiligung der Gläubiger nach K.O. §§ 29 ff. Die zuletzt erwähnte Anfechtung steht nur dem Verwalter zu. Ist ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so hat der Opponent den Widerspruch durch Aufnahme des Prozesses zu verfolgen.

Wodurch die von einem besonderen Gericht oder einer Ver-

---

[12] Ein rechtskräftiges (§§ 704, 705 C.Pr.O.) oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes (§§ 708, 709 C.Pr.O.) Endurteil oder Vorbehaltsurteil (§§ 302, 540, 599 C.Pr.O.) eines ordentlichen oder besonderen Gerichts oder ein anderer Vollstreckungstitel nach §§ 794, 801 C.Pr.O. oder nach §§ 164 Abs. 2, 194, 206 K.O. oder nach §§ 122 Abs. 2, 495 Str.Pr.O. oder nach §§ 62 Abs. 2, 106 Abs. 2, 108 Abs. 2, 113 bis 115, 129 Gen.Ges. v. 1. Mai 1889, Red. v. 1898; ferner alle der Vollstreckungsklausel fähigen Titel, auf Grund deren die Landesgesetzgebung die gerichtliche oder die administrative Zwangsvollstreckung zuläfst. Die Vollstreckungsklausel mufs für den anmeldenden Gläubiger gegen den Gemeinschuldner lauten. Der Vollstreckungstitel samt der Klausel gegen den Gemeinschuldner mufs vor der Konkurseröffnung entstanden sein (arg. § 7); die Umstellung der Klausel auf den Liquidanten darf nachher erfolgt sein. Ein Titel, der nicht auf einen bestimmten Geldbetrag lautet, macht die Forderung nicht zu einer titulierten im Sinne des § 146 Abs. 6; wohl aber dürfte ein Titel, der auf einen bestimmten Geldbetrag, aber nicht in Reichswährung lautet, genügen. Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 307 f.

[13] Ein Vorbehaltsurteil (§§ 302, 540, 599 C.Pr.O.) steht auch hier dem Endurteile gleich.

[14] Ein Vollstreckungsbefehl bedarf der Vollstreckungsklausel nur, wenn nach dessen Erlassung eine Rechtsnachfolge eingetreten ist (§ 796 Abs. 1 C.Pr.O.).

[15] Für die Berechnung der Revisionssumme kommt § 148 in Betracht.

waltungsbehörde geschaffenen Schuldtitel anfechtbar sind, entzieht sich bei der Verschiedenheit der Landesgesetze der allgemeinen Darstellung.

Der mit einer titulierten Forderung zugelassene Gläubiger kann gegen den Opponenten auf Feststellung klagen und einen anhängigen Rechtsstreit in der Richtung gegen den Opponenten aufnehmen. Das Gesetz entbindet ihn von der Betreibungspflicht, ohne ihm die Befugnis dazu zu nehmen. Er hat auch ein Interesse an alsbaldiger Feststellung, obwohl ihm die Dividende ausgezahlt wird, solange der Opponent den Widerspruch nicht betreibt; denn die Auszahlung wird eingestellt, sobald der Widerspruch betrieben ist; dies kann noch im letzten Momente vor der Verteilung geschehen, und die Verzögerung kann zur Folge haben, dafs der Gläubiger sein Kapital länger entbehrt, als wenn er den Widerspruch vorher überwunden hätte[16].

Hat der Opponent die Vollstreckungsklausel, den Schuldtitel, das Endurteil oder den Vollstreckungsbefehl beseitigt, ohne dafs darüber, ob die Forderung zu Recht besteht, rechtskräftig entschieden ist, so wird die Forderung zu einer untitulierten und der Liquidant hat die Feststellung zu betreiben[17].

Mehrere Opponenten können gemeinsam oder getrennt operieren. Bei Streitgenossenschaft finden die S. 269 f. vorgetragenen Sätze entsprechende Anwendung. Das Urteil, das den Widerspruch eines Opponenten abweist, enthält noch nicht die „Feststellung" der Forderung, wenn noch andere Opponenten da sind. Erst wenn alle Opponenten rechtskräftig abgewiesen sind, ist die Forderung allen Konkursgläubigern gegenüber festgestellt.

Was über die Nebenintervention in Bezug auf den Prozefs des Liquidanten gegen den Opponenten S. 272 Abs. 3 gesagt wurde, gilt entsprechend auch für die Nebenintervention in Bezug auf den Prozefs des Opponenten gegen den Liquidanten.

---

[16] Vgl. R.G. 8. Jan. 1892, cit. in Entsch. XXXIV S. 410 Anm. 1 (auch Bl. f. R.A. X. Erg.Bd. S. 289), 7. Jan. 1895 Entsch. XXXIV Nr. 198 S. 409 ff., O.L.G. Dresden in S.A. L Nr. 61.

[17] Z. B.: der Opponent hat die Aufhebung des Urteils wegen Unzuständigkeit erwirkt, oder er hat gegen einen Vollstreckungsbefehl Einspruch eingelegt und bei dem Amtsgerichte gemäfs § 702 Satz 2, 3 C.Pr.O. die Aufhebung des Vollstreckungsbefehls erwirkt, während die Sache vor die Landgerichte gehört. — A.M.: Oetker, Zeitschr. f. d. C.Pr. XXV S. 59.

Auf die bei Beendigung des Konkurses anhängigen Oppositionsprozesse finden die S. 273 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung.

c) Die Berichtigung der Tabelle und die Wirkung des Urteils im Feststellungsprozesse.

1. Die im Liquidationsprozefs obsiegende Partei hat bei dem Konkursgericht unter Vorlegung des Urteils und des zur Bestätigung der Rechtskraft etwa nötigen Zeugnisses die Berichtigung der Tabelle zu erwirken (§ 146 Abs. 7). Der Antrieb zu dem Antrag auf Berichtigung liegt im Verteilungsverfahren (vgl. §§ 152, 168 Nr. 1).

Wird dem Antrag auf Berichtigung der Tabelle stattgegeben, so erfolgt ein entsprechender Nachtrag ohne förmlichen Beschlufs des Konkursgerichts. Daher ist keine Beschwerde möglich[18]. Durch Einwendungen gegen die Verteilungsverzeichnisse können die Beteiligten ihre Einwendungen gegen die Richtigkeit des Nachtrags geltend machen, wenn die Zeit zu Einwendungen noch nicht vorüber ist.

Abgewiesen wird der Antrag auf Berichtigung durch Beschlufs des Konkursgerichts. Dieser ist dem Antragsteller von Amtswegen zuzustellen, dagegen findet die sofortige Beschwerde statt (§ 73 Abs. 3).

2. a) Soweit durch ein im Liquidationsprozefs ergangenes Urteil rechtskräftig eine Forderung oder ein Vorrecht[19] festgestellt oder ein Widerspruch gegen eine Forderung oder gegen ein Vorrecht für begründet erklärt ist, wirkt es gegenüber allen Konkursgläubigern (§ 147 Satz 1).

Die Feststellung kann erst nach Uberwindung aller Opponenten erfolgen. Auch in den Fällen, wo der Opponent den Widerspruch zu betreiben hat, ist eine Feststellung im Sinne des § 147 Satz 1

---

[18] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 372. A.M. v. Wilmowski § 134 N. 10; Petersen u. Kleinfeller § 134 N. V.

[19] Das Gesetz (§ 147 Satz 1) spricht blofs von der Forderung, nicht von dem Vorrechte. Man mufs aber rationibus paribus dasselbe, was von der Forderung gilt, auch von dem Vorrechte gelten lassen. Vgl. § 146 des Entw. e. G.Sch.O. — Über die jetzige Fassung des § 147 vgl. § 134 des dem Reichstage vorgelegten Entw. e. K.O. und die Komm.Prot. S. 93 bis 95, 173 bis 178.

erst dann vorhanden, wenn alle Opponenten den Widerspruch betrieben haben und dabei besiegt worden sind.

Die rechtskräftige Feststellung ist nicht blofs gegenüber den besiegten Opponenten, sondern gegenüber allen Konkursgläubigern wirksam; jedem Versuche, die festgestellte Forderung oder das festgestellte Vorrecht zu bestreiten und zu erneuter Kognition zu stellen, kann mit Verweisung auf die Rechtskraft entgegen getreten werden[20].

Das Urteil, welches einen Widerspruch ganz oder teilweise für begründet erklärt, also den Liquidanten ganz oder teilweise abweist oder ihm das beanspruchte Vorrecht aberkennt, ist gleichfalls allen Konkursgläubigern gegenüber wirksam. Sind über dieselbe Forderung oder über dasselbe Vorrecht mehrere getrennte Liquidationsprozesse anhängig geworden, so kann das in einem dieser Prozesse ergangene Urteil in den anderen Prozessen als res iudicata verwertet werden.

b) Gegenüber dem Gemeinschuldner hat blofs dasjenige Urteil, welches die Feststellung einer von dem Gemeinschuldner nicht bestrittenen Forderung ausspricht, Rechtskraftwirkung (arg. § 164 Abs. 2, 194, 206 Abs. 2 K.O.; vgl. a. § 122 Abs. 5, 141 Satz 2 Gen.Ges. Redakt. v. 1898). Das Urteil, das eine vom Gemeinschuldner bestrittene Forderung feststellt, hat gegen ihn keine Wirkung.

Das Urteil, das einen Widerspruch gegen eine von dem Gemeinschuldner nicht bestrittene Forderung für begründet erklärt, hat eine Reflexwirkung zu Gunsten des Gemeinschuldners, insofern es verhindert, dafs der Liquidant nach der Aufhebung des Konkurses aus der Konkurstabelle einen gegen den Gemeinschuldner vollstreckbaren Titel für seine Forderung entnehmen kann.

3. Über die Kosten des Liquidationsprozesses ist nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 91 ff. C.Pr.O.) zu entscheiden.

Unterliegt der Opponent, so hat er die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten. Ist der Konkursverwalter als Opponent zur Tragung der Kosten verurteilt, so ist der Kostenerstattungsanspruch des Gegners Masseanspruch (§ 59 Nr. 1). Ist ein einzelner Gläubiger als Opponent zur Tragung der Kosten verurteilt, so bleiben ihm die Kosten zur Last.

---

[20] Darüber, ob die res iudicata von Amtswegen oder nur auf Antrag zu berücksichtigen sei, s. O. Bülow im Arch. f. civ. Pr. LXXXIII S. 1 ff. und A. Pernice in der Ztschr. d. Sav.Stift. XIX, roman. Abt., S. 144 ff.

Siegt der Verwalter als Opponent, so steht der Kostenerstattungsanspruch gegen den in die Kosten verurteilten Liquidanten der Gläubigerschaft zu. Siegt ein einzelner Gläubiger als Opponent, so steht der Kostenerstattungsanspruch gegen den zur Tragung der Kosten verurteilten Liquidanten dem siegreichen Gläubiger persönlich zu. Daneben hat aber ein solcher Gläubiger auch einen Anspruch gegen die Gläubigerschaft auf Ersatz seiner Prozeſskosten, soweit der Gläubigerschaft durch das Urteil ein Vorteil erwachsen ist (§ 147 Satz 2). Der Vorteil, welcher der Gläubigerschaft aus der Abweisung einer Forderung erwachsen ist, ist gleich der Konkursdividende, die auf die abgewiesene Forderung entfallen sein würde, wenn sie nicht abgewiesen worden wäre. Der Vorteil, welcher der Gläubigerschaft aus der Aberkennung eines Vorrechts erwächst, ist gleich der Differenz zwischen dem Betrage, welchen der betreffende Gläubiger als bevorrechtigter Gläubiger erhalten hätte, und dem Betrage, den er als nicht bevorrechtigter oder als minder bevorrechtigter Gläubiger erhält. Der Anspruch des einzelnen Gläubigers auf Ersatz seiner Kosten aus der Masse ist Masseanspruch im Sinne des § 59 Nr. 3. Soweit die Gläubigerschaft dem einzelnen Gläubiger seine Kosten ersetzt, kann sie ververlangen, daſs dieser ihr seinen Erstattungsanspruch gegen den Liquidanten abtritt; denn insoweit bildet dieser Erstattungsanspruch eine ungerechtfertigte Bereicherung des von der Gläubigerschaft befriedigten Einzelgläubigers auf Kosten der Gläubigerschaft.

Siebentes Hauptstück.

Die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse.

§ 45.

I. Allgemeines.

Der Konkursverwalter hat dasjenige Vermögen, welches Konkursmasse ist, zu verwalten und zu verwerten. Was Konkursmasse ist bestimmt, das Gesetz, nicht der Verwalter. Dieser kann weder ein zur Konkursmasse gehörendes Vermögensstück seiner Eigenschaft als Bestandteil der Masse entkleiden, noch einem Gegenstand, der nicht zur Masse gehört, die Eigenschaft eines Massebestandteils verleihen.

Wohl aber kann es vorkommen, dafs der Verwalter einen Gegenstand, der de jure zur Masse gehört, de facto nicht zur Masse heranzieht, sei es, dafs er die Existenz des Gegenstandes nicht kennt oder dafs er ihn nicht für einen Massebestandteil erachtet oder dafs er die Heranziehung des betreffenden Gegenstandes pflichtwidrig unterläfst. Umgekehrt ist es möglich, dafs der Konkursverwalter einen Gegenstand de facto als Bestandteil der Konkursmasse behandelt, der de jure nicht zur Konkursmasse gehört.

Zur Korrektur eines solchen dem Gesetze nicht entsprechenden Verhaltens des Konkursverwalters giebt es Mittel und Wege.

Zieht der Verwalter einen de jure zur Masse gehörenden Gegenstand de facto nicht zur Masse heran, so kann jedes Mitglied des Gläubigerausschusses und jeder Konkursgläubiger, der

seine Forderung angemeldet hat[1], abgesehen von aufsergerichtlicher Einwirkung auf den Verwalter, nach Analogie des § 766 C.Pr.O. bei dem Konkursgerichte beantragen, dafs es darüber entscheide, ob der Verwalter den betreffenden Gegenstand zur Masse heranzuziehen habe. Auch als die Behörde, welcher die Aufsicht über den Konkursverwalter zusteht (§ 83), kann das Konkursgericht um Abhilfe angegangen werden. Ist das Konkursgericht der Ansicht, dafs der betreffende Gegenstand zur Masse gehört und dafs er zur Masse heranzuziehen sei, so kann es den Verwalter anweisen, dies zu thun, und ihn durch Ordnungsstrafe (§ 84) dazu anhalten.

Alle diese Schritte sind auch noch möglich, nachdem das **Konkursverfahren auf Grund der Schlufsverteilung aufgehoben ist**, wenn nachträglich Gegenstände ermittelt werden, die zur Konkursmasse gehören (arg. § 166 Abs. 2).

Bezieht der Verwalter einen de jure nicht zur Masse gehörenden Gegenstand de facto in die Masse ein, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Der Gegenstand gehört zwar dem Gemeinschuldner, aber er gehört deswegen nicht zur Konkursmasse, weil er nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt oder weil er erst nach der Konkurseröffnung erworben wurde; dann kann der Gemeinschuldner nach Analogie des § 766 C.Pr.O. bei dem Konkursgericht Einwendungen gegen die Einbeziehung des betreffenden Gegenstandes in die Masse erheben und auf diese Weise eine gerichtliche, mit sofortiger Beschwerde anfechtbare Entscheidung über die Zugehörigkeit zur Masse herbeiführen[2]. Hat der Verwalter, entgegen der Vorschrift

---

[1] Vor der Anmeldung kann ein Konkursgläubiger bei dem Konkursgerichte der Antrag nicht stellen, weil er sich erst durch die Anmeldung an dem Verfahren beteiligt.

[2] Zur Klage gegen den Verwalter auf Freigabe des betreffenden Gegenstandes aus der Masse ist der Gemeinschuldner ebensowenig befugt, als bei der Specialexekution der Schuldner gegen den Gläubiger klagen kann, wenn dieser einen nicht pfändbaren Gegenstand pfänden liefs. In beiden Fällen ist der in § 766 (früher 685) C.Pr.O. eröffnete Weg der einzige, auf dem der Exequendus sich gegen die Übergriffe des Exequierenden wehren kann. Während das Reichsgericht bei der Specialexekution diesen Standpunkt stets festgehalten hat — vgl. Beitr. z. Erl. d. D.R. XXVIII S. 1164, Entsch. XVI S. 348, J.W.Schr. 1889 S. 515, J.W.Schr. 1897 S. 606 —, hat es ihn bei der konkursmäfsigen Zwangsvollstreckung verlassen. Der Beschl. d. III. C.S. v. 19. Mai 1896 Entsch. XXXVII Nr. 115 S. 398 ff. versagt dem Gemeinschuldner

des § 861 Abs. 1 Satz 1 C.Pr.O., das Recht, welches bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung dem Ehemann an dem eingebrachten Gute zusteht, oder die nach § 861 Abs. 1 Satz 2 C.Pr.O. der Pfändung entzogenen Früchte des eingebrachten Gutes zur Masse einbezogen, so steht nicht blofs dem Gemeinschuldner, sondern auch seiner Ehefrau die Befugnis zu, Einwendungen bei dem Konkursgericht nach Analogie des § 766 C.Pr.O. zu erheben (arg. § 861 Abs. 2 C.Pr.O.). Die entsprechende Befugnis steht dem Kinde zu (arg. § 862 Abs. 3 C.Pr.O.), wenn der Konkursverwalter, entgegen den Vorschriften des § 862 C.Pr.O., das Recht, welches dem Vater oder der Mutter kraft der elterlichen Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht oder die Ansprüche aus §§ 1655, 1656 B.G.B. vor der Fälligkeit oder die nach § 862 Abs. 2 der Pfändung entzogenen Früchte des Kindesvermögens zur Konkursmasse heranzieht.

b) Der Gegenstand gehört nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners; dann kann derjenige, zu dessen Vermögen der Gegenstand gehört, die Aussonderung von dem Verwalter beanspruchen und diesen Anspruch durch Klage geltend machen[3]. Der Gemeinschuldner kann gegen die Einbeziehung eines solchen Gegenstandes in die Konkursmasse so wenig reagieren, als bei der Specialexekution der Schuldner befugt ist, gegen Pfändung etc. eines Gegenstandes zu protestieren, der einem Dritten gehört.

Unterbleibt die Reaktion gegen das unrichtige Verhalten des Konkursverwalters, so kann dieses Verhalten allerdings dazu führen, dafs entgegen dem Gesetz ein zur Konkursmasse gehörender Gegenstand nicht zu Gunsten der Gläubiger verwertet wird, und umgekehrt, dafs ein Gegenstand, der nicht zur Konkursmasse gehört, gleichwohl als Konkursmasse behandelt wird. Das sind Unebenheiten, wie sie sich bei jeder Rechtseinrichtung daraus

---

die Befugnis, gegen Übergriffe des Konkursverwalters Einwendungen nach § 766 (früher 685) C.Pr.O. zu erheben, wenn der Verwalter ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers Sachen, die nach der Behauptung des Gemeinschuldners zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehören, in Besitz genommen hat, und verweist den Gemeinschulder in diesem Fall auf den Weg der Klage gegen den Verwalter. Der Grund, dafs die Handlungen des Verwalters keine Vollstreckungs-, sondern Verwaltungshandlungen seien, dürfte auf einem Irrtum beruhen. Solche Verwaltungshandlungen des Verwalters kommen vielmehr als Vollstreckungshandlungen in Betracht.

[3] Vgl. oben S. 89, 90.

ergeben können, dafs diejenigen, welche zur Handhabung und Durchführung des Gesetzes berufen sind, keine Unfehlbarkeit besitzen. Aber solche Erscheinungen rechtfertigen es nicht, die auf Ermittelung und Ergreifung der Massebestandteile bezügliche, sich aus Handlungen und Unterlassungen zusammensetzende Verwalterthätigkeit (die sog. Massekonstituierung) als einen rechtlichen Vorgang zu betrachten, der imstande wäre, eine von der gesetzlich gewollten Konkursmasse verschiedene Konkursmasse zu schaffen[4].

§ 46.

II. Die Verwaltung der Masse durch den Konkursverwalter.

1. Der Verwalter ist zu allen Verwaltungshandlungen legitimiert, die zur Erreichung des Konkurszwecks, d. i. zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse, dienlich sind. Welche Thätigkeit der Verwalter zu diesem Zwecke zu entfalten hat, läfst sich nicht in allen Einzelheiten darstellen, da sich seine Thätigkeit je nach den verschiedenen Bestandteilen der Masse verschieden gestaltet. Nur gewisse Befugnisse und Pflichten können hervorgehoben werden.

a) Der Verwalter hat sofort nach der Eröffnung des Konkursverfahrens das gesamte zur Konkursmasse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 117).

Der Besitz der zu diesem Vermögen gehörenden Sachen geht nicht etwa kraft Gesetzes auf den Verwalter über, sondern mufs

---

[4] Die im Text enthaltenen Negativen richten sich gegen die Bewertung der von Oetker, Das Verfolgungsrecht S. 81 zuerst aufgestellten, dann in den konkursrechtlichen Grundbegriffen I S. 4 ff., 8, 9, 10 ff. und in Ztschr. f. d. C.Pr. XXV S. 1 ff. wiederholten Unterscheidung zwischen der „Sollmasse", d. i. der Masse wie sie nach dem Gesetze sein soll, und der „Istmasse", d. i. der Masse, wie sie sich im konkreten Falle zufolge des Verhaltens des Konkursverwalters gestaltet. Gewifs kann eine Differenz zwischen der „Sollmasse" und der „Istmasse" vorkommen; aber die Behauptung, dafs die Feststellung des Begriffs der „Istmasse" gegenüber der „Sollmasse" zu den wichtigsten Aufgaben der konkursrechtlichen Doktrin gehöre (Ztschr. f. d. C.Pr. XXV S. 3), dürfte ebensowenig richtig sein, wie die andere, dafs die sog. Massekonstituierung stärkere als blofs thatsächliche Bedeutung habe (Grundbegr. I S. 12). Wenn der Gerichtsvollzieher das Buch des A, das dieser seinem Freunde B geliehen hat, bei diesem als dem Schuldner pfändet und versteigert, ohne dafs A dazwischen tritt, so erhält der Gläubiger den Erlös und der gutgläubige Erwerber wird Eigentümer (§ 932, 933, 1242 bis

von dem Verwalter durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache nach den Regeln des § 854 B.G.B. erworben werden.

Widerstand des Gemeinschuldners gegen die Besitzergreifung kann der Verwalter durch Zuziehung des Gerichtsvollziehers überwinden (arg. §§ 883, 885 C.Pr.O.). Vollstreckungstitel ist der Konkurseröffnungsbeschluſs [1]. Von Sachen, die sich im Besitz eines Anderen als des Gemeinschuldners befinden, kann der Verwalter nur Besitz ergreifen, wenn der Andere zur Herausgabe bereit ist (arg. § 809 C.Pr.O.); ist der Andere nicht zur Herausgabe bereit, so kann der Verwalter nur den Anspruch des Gemeinschuldners auf Herausgabe gegen den Besitzer durch Klage geltend machen [2].

Die Sachen, von denen der Verwalter Besitz ergriffen hat, befinden sich im Besitze der Gläubigerschaft. Diese übt den ihr kraft des Pfandrechts an den Massebestandteilen gebührenden Besitz durch den Verwalter aus. Die Gläubigerschaft ist unmittelbare Besitzerin. Der Gemeinschuldner ist mittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 B.G.B. Auch das kann vorkommen, daſs der Verwalter den unmittelbaren Besitz einer Sache dem Gemeinschuldner überläſst, z. B. zur leihweisen Benutzung; dann hat der Gemeinschuldner den unmittelbaren und die Gläubigerschaft den mittelbaren Besitz.

Soweit die Gläubigerschaft unmittelbar besitzt, darf sie sich durch den Verwalter verbotener Eigenmacht (vgl. § 858 B.G.B.) nach Maſsgabe des § 859 B.G.B. mit Gewalt erwehren.

Wird in Ansehung eines Gegenstandes, an dem die Gläubigerschaft durch den Verwalter (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz erlangt hatte, gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht durch Entziehung oder durch Störung des Besitzes verübt, so stehen der Gläubigerschaft die in den §§ 861, 862 B.G.B. bezeichneten Ansprüche auf Wiedereinräumung des Besitzes oder auf Beseitigung der Störung zu. Der Gemeinschuldner kann als mittelbarer Besitzer diese Ansprüche gleichfalls geltend machen (arg. § 869

1244 B.G.B); aber deswegen kann man doch nicht dem (unrechtmäſsigen) Pfändungsakte des Gerichtsvollzieher die Bedeutung beilegen, daſs er das Buch als Vermögen des B „konstituierte".

[1] Vgl. Mot. S. 340. Nach den Motiven ist dem Gerichtsvollzieher eine vollstreckbare Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses zu behändigen. Sollte nicht die dem Konkursverwalter erteilte urkundliche Legitimation (§ 81 Abs. 2) als Nachweis der Konkurseröffnung genügen?

[2] Vgl. Mot. S. 342.

Satz 1 B.G.B.). Im Falle der Entziehung des Besitzes (§ 861 B.G.B.) kann der Gemeinschuldner als mittelbarer Besitzer nicht verlangen, dafs die Sache an ihn selbst, sondern nur, dafs sie an den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft herausgegeben werde; nur wenn der Verwalter den Besitz nicht wieder übernehmen will[3], kann der Gemeinschuldner verlangen, dafs ihm selbst der Besitz eingeräumt wird (arg. § 869 Satz 2 B.G.B.).

Bei Unterlassung der sofortigen Besitzergreifung wird der Verwalter sowohl der Gläubigerschaft, als den einzelnen Konkursgläubigern haftbar für den daraus entstehenden Schaden[4].

Sachen, die nicht zur Konkursmasse gehören, soll der Konkursverwalter nicht in Besitz nehmen. Er ist insbesondere weder berechtigt noch verpflichtet, Sachen, die sich im Besitz des Gemeinschuldners befinden, aber einem Anderen gehören, im Interesse des Anderen zu verwahren, auch wenn der Gemeinschuldner dazu verpflichtet ist; denn er ist Organ der Gläubigerschaft, nicht Vertreter des Gemeinschuldners.

b) Der Verwalter hat die einzelnen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände (Sachen und Rechte) unter Angabe ihres Wertes aufzuzeichnen (§ 123 Abs. 1 Satz 1). In dieses Verzeichnis sind auch die Sachen aufzunehmen, welche sich im Besitz anderer Personen befinden, desgleichen Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht. Nicht Gegenstände, die nach der Ansicht des Verwalters unzweifelhaft auszusondern sind, wohl aber solche, über deren Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zur Masse der Verwalter noch im unklaren ist.

Der Wert ist erforderlichenfalls durch Sachverständige zu ermitteln (§ 123 Abs. 1 Satz 2). Die Zuziehung von Sachverständigen ist entbehrlich, wenn der Verwalter den Wert selbst zu schätzen imstande ist, ferner wenn der Gegenstand einen Markt- oder Börsenpreis hat. Die Frage, ob eine Wertsermittelung durch Sachverständige nötig ist, unterliegt überhaupt dem Ermessen des Verwalters[5]. Ihm steht auch die Wahl der Sachverständigen zu.

Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen (§ 123 Abs. 1 Satz 3). Welche Personen den

---

[3] Darin kann ein Verzicht auf die Einbeziehung der betreffenden Sache in die Konkursmasse liegen.

[4] Vgl. oben S. 161.

[5] Vgl. die Mot. S. 344, 345.

Charakter einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson haben, bemifst sich nach den Reichs- und den Landesgesetzen[6]. Die Landesgesetze können auch bestimmen, welche obrigkeitliche oder Urkundsperson zu der Aufzeichnung zuzuziehen ist[7].

Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist (§ 123 Abs. 1 Satz 4).

Die Aufzeichnung kann unterbleiben oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson erfolgen, wenn das Gericht dies gestattet. Der Beschluſs, der es gestattet, muſs von dem Verwalter und wenn ein Gläubigerausschuſs bestellt ist, von dem Verwalter und dem Ausschusse gemeinsam beantragt werden. Andere Beteiligte sind nicht zur Stellung des Antrags befugt. Das Gericht muſs nicht dem Antrage stattgeben. Es hat zu erwägen, ob dies zweckmäſsig ist. Die den Antrag zurückweisende Entscheidung kann von dem Antragsteller, die dem Antrage stattgebende Entscheidung kann von jedem Beteiligten (dem Gemeinschuldner und jedem konkurrierenden Gläubiger) mit sofortiger Beschwerde angefochten werden[8]. Aus der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde ist zu folgern, daſs die Entscheidung den Beschwerdeberechtigten zuzustellen ist, wenn auch nur durch öffentliche Bekanntmachung.

c) Der Verwalter hat ein Inventar und eine Bilanz anzufertigen (§ 124 Satz 1). Von der in § 123 vorgeschriebenen Aufzeichnung unterscheidet sich das Inventar dadurch, daſs es systematisch, d. i. unter Scheidung der verschiedenen Vermögensgruppen — unbewegliche Sachen, bewegliche Sachen (darunter etwa wieder gesondert: Bargeld, Wertpapiere, Waren, Hauseinrichtung, Ladeneinrichtung etc. etc.), Forderungen, sonstige Rechte — anzulegen ist und daſs in das Inventar auch die Passiven aufzunehmen sind. In der Bilanz[9] ist einerseits der

---

[6] Daſs Notare den Charakter von Urkundspersonen haben, ist jetzt durch die zahlreichen Bestimmungen des B.G.B., in denen die gerichtliche und die notarielle Beurkundung einander gleichgestellt sind, reichsgesetzlich anerkannt. Im übrigen bestimmt das Landesrecht, welche Personen als obrigkeitliche oder Urkundspersonen zu erachten sind. Vgl. K.Pr. S. 84.

[7] Landesgesetzliche Vorschriften s. preuſs. A.G. z. G.V.G. §§ 70, 74; bayer. A.G. z. G.V.G. Art. 63 Abs. 2, 66 Nr. 2; hess. A.G. z. G.V.G. §§ 27, 30; els.-lothr. A.G. z. G.V.G. § 30.

[8] A.M.: Oetker, Grundbegr. I S. 97 mit S. 104.

[9] Über den Begriff der Bilanz sieh § 39 Abs. 1 und § 40 H.G.B. Danach ist die Bilanz ein das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellender

Gesamtbestand der Aktiva in entsprechenden Gruppen, andererseits der Gesamtbetrag der Passiva unter Ausscheidung der Masseschulden, der Absonderungsansprüche, der bevorrechtigten und der nichtbevorrechtigten Konkursforderungen (im Nachlafskonkurs auch der zurückgesetzten Forderungen), zusammenzustellen. Zweifelhafte Aktiva und Passiva sind nach freier Schätzung einzusetzen.

Der Verwalter hat eine von ihm gezeichnete Abschrift des Inventars und der Bilanz auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten (Gemeinschuldner, Gläubigerausschufs, Konkursgläubiger, Absonderungsberechtigten) niederzulegen (§ 124 Satz 2). Jeder Beteiligte kann sich auf seine Kosten eine Abschrift geben lassen (arg. § 299 Abs. 1 C.Pr.O.)[10].

2. Zur Unterstützung der Verwaltungsthätigkeit des Konkursverwalters dienen:

a) Der offene Arrest (§ 118). Mit der Konkurseröffnung soll öffentlich bekannt gemacht werden (§ 111), dafs alle Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörende Sache in Besitz haben, oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, nichts an den Gemeinschuldner verabfolgen oder leisten dürfen; auch wird denjenigen, welche eine zur Masse gehörende Sache in Besitz haben, die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für die sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung beanspruchen, dem Konkursverwalter innerhalb einer von dem Konkursgerichte bestimmten Frist Anzeige zu machen.

Der offene Arrest ist nicht wesentlich in dem Sinne, dafs von seiner Bekanntmachung die Beschlagnahme der im Besitz anderer befindlichen Sachen oder der Aufsenstände des Gemeinschuldners abhinge. Vielmehr ist die Beschlagnahme auch dieser Gegenstände durch den Eröffnungbeschlufs erfolgt und daher von der Veröffentlichung des offenen Arrestes unabhängig. Der offene Arrest ist eine Deklaration der in dem Konkurseröffnungsbeschlufs enthaltenen Beschlagnahme, über deren Bedeutung die bezeichneten Personen belehrt werden, damit sie nicht aus Rechtsirrtum an den

---

Abschlufs. Die Vorschriften des § 261 H.G.B. über die Bilanzierung des Vermögens einer Aktiengesellschaft kommen im Konkurs über das Vermögen einer solchen Gesellschaft zur entsprechenden Anwendung.

[10] A.M. die Mot. S. 346. Aber § 124 Satz 2 K.O. schliefst die durch § 72 K.O. gebotene Anwendung des § 299 C.Pr.O. nicht aus.

Gemeinschuldner leisten. Wenn der offene Arrest aus Versehen unterbleibt, so dürfen gleichwohl die zur Konkursmasse gehörenden Sachen nicht an den Gemeinschuldner verabfolgt und Zahlungen auf die zur Konkursmasse gehörenden Forderungen nicht an den Gemeinschuldner geleistet werden[11].

Nur in der Beziehung hat der offene Arrest konstitutive Bedeutung, dafs er jeden Besitzer[12] einer zur Konkursmasse gehörenden Sache[13] zu der bezeichneten Anzeige verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht nicht, solange kein offener Arrest erlassen ist. Sie wird erst durch dessen Veröffentlichung begründet.

Ist diese Verpflichtung in dem offenen Arrest öffentlich bekannt gemacht, so haftet der Besitzer einer zur Konkursmasse gehörenden Sache, wenn er die Anzeige an den Konkursverwalter innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterläfst, für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden (§ 119).

Der Anspruch auf Schadensersatz steht der Gläubigerschaft zu und ist von dem Verwalter geltend zu machen. Die einzelnen Gläubiger haben auch nach Beendigung des Konkurses keinen Anspruch auf Schadensersatz. Ist der Konkurs durch Schlufsverteilung beendigt, so bleibt der Verwalter wie zur Verwertung eines nachträglich ermittelten Vermögensstücks so auch zur Beitreibung des aus Anlafs einer solchen Ermittlung aufgedeckten Ersatzanspruchs legitimiert; was er beitreibt, ist ebenso wie der Erlös aus dem nachträglich ermittelten Vermögensstücke durch Nachtragsverteilung den Konkursgläubigern zuzuwenden (arg. § 166 Abs. 2).

---

[11] Vgl. oben S. 172 Abs. 6.

[12] Die Anzeigepflicht besteht nur für den unmittelbaren, nicht für den mittelbaren Besitzer. Sie hängt nicht etwa davon ab, dafs ein Absonderungsanspruch geltend gemacht wird, sondern besteht auch für den Besitzer, der keinen solchen Anspruch hat; also z. B. auch für den Mieter, Pächter etc.

Nach dem Entw. e. K.O. § 108 Abs. 2 waren privilegierte Pfandanstalten ausgenommen. Die Ausnahme wurde vom Reichstage beseitigt, vgl. K.Pr. S. 79 f.

Auf Post- und Transportanstalten, die Sachen an den Gemeinschuldner abzuliefern haben, bezieht sich die Verpflichtung nicht, wenn der Gemeinschuldner erst durch die Ablieferung das Eigentum erwirbt. Solche Sachen gehören nämlich vor der Ablieferung nicht dem Gemeinschuldner und daher auch nicht zur Konkursmasse, auch wenn der Anspruch auf Ablieferung zur Masse gehört.

[13] Auch Wertpapiere, Wechsel, Urkunden aller Art.

Der Schaden wird hauptsächlich in den besonderen Kosten entstehen, die durch die Verzögerung der Verwertung oder durch eine Nachtragsverteilung (§ 166 Abs. 2) entstehen. Ferner kann eine Wertminderung durch die Verzögerung herbeigeführt werden, z. B. wenn der Markt- oder Börsenpreis der betreffenden Waren oder Wertpapiere gesunken ist. Auch das ist denkbar, dafs die Sache zufolge der Verzögerung der Anzeige der Konkursmasse entgeht. Die Ersatzpflicht umfafst auch diese Arten von Schädigung. Für die Bemessung des Schadens kommt im Prozesse der § 287 C.Pr.O. in Betracht.

Nicht zweifellos ist, ob die Verpflichtung zum Schadensersatze durch die Kenntnis des offenen Arrestes bedingt ist. Da in der Regel eine Ersatzpflicht nur aus schuldhaftem Verhalten entspringt und aus dem Gesetze nicht ersichtlich ist, dafs man von dieser Regel abweichen wollte, so wird man annehmen müssen, dafs nur derjenige Besitzer, welcher den offenen Arrest gekannt hat, zum Schadensersatze verpflichtet ist[14]. Das Gesetz stellt auch keine Vermutung auf, dafs der Besitzer den offenen Arrest gekannt habe[15]. Der Verwalter mufs also, wenn es wegen des Ersatzanspruchs zum Prozesse kommt, behaupten und beweisen, dafs der Beklagte die Bekanntmachung gekannt habe. Allerdings kann das Gericht vermöge der freien Beweiswürdigung daraus, dafs der Beklagte an dem Orte wohnt, wo die Bekanntmachung erfolgt ist, genügenden Beweis für seine Kenntnis entnehmen, wenn der Beklagte nicht besondere Umstände (z. B. Krankheit) nachweist, die gegen diese Folgerung sprechen; aber, dafs der Beklagte grundsätzlich seine Unkenntnis beweisen müfste, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen[16].

---

[14] Die preufs. K.O. v. 1855 § 147 droht dem Besitzer, der die Anzeige nicht rechtzeitig leistet, in Ermangelung genügender Entschuldigung den Verlust aller Rechte an, welche ihm an der Sache zustehen. Danach war derjenige, welcher den offenen Arrest nicht kannte, gegen die (allerdings schärfere) Folge seiner Unterlassung geschützt. Aus den Mot. S. 342 ist ersichtlich, dafs man die Schärfe des preufs. Gesetzes mildern wollte. Eine von der Kenntnis des offenen Arrestes unabhängige Ersatzpflicht wäre aber eine Verschärfung nach anderer Richtung.

[15] Eine derartige Vermutung für einen speciellen Fall enthält § 8 Abs. 3.

[16] A.M.: v. Wilmowski § 109 N. 1, Petersen u. Kleinfeller § 109 N. 3, die von dem Beklagten stets den Beweis der Unkenntnis verlangen. — Dagegen behaupten v. Sarwey u. Bossert § 109 N. 1, dafs auch der Beweis der Unkenntnis nicht von der Ersatzpflicht befreie.

Keine Ersatzpflicht trifft denjenigen Besitzer, welcher nicht wufste, dafs die Sache dem Gemeinschuldner gehört[17].

Wenn der Verwalter wufste, dafs sich die Sache im Besitze des Anderen befindet, kann von einer Schädigung der Gläubigerschaft durch Unterlassung der Anzeige des Besitzes nicht die Rede sein.

b) Die Vorzeigepflicht der absonderungsberechtigten Besitzer (§ 120). Der Besitzer einer Sache, der daraus abgesonderte Befriedigung für eine Forderung beansprucht, hat dem Verwalter nicht blofs den Besitz anzuzeigen, sondern ihm auch auf Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und deren Abschätzung zu gestatten.

Diese Verpflichtung besteht kraft des Gesetzes, unabhängig von der Erlassung des offenen Arrestes. Sie bezieht sich auf bewegliche und unbewegliche Sachen. Eine Transportpflicht hat der Besitzer nicht; der Verwalter und seine Schätzleute müssen die Sache aufsuchen, wo sie ist.

Die in § 120 K.O. ausgesprochene Verpflichtung trifft mit der sich aus § 809 B.G.B. ergebenden Vorzeigepflicht zusammen[18].

Der Anspruch auf Vorzeigung steht dem Verwalter als dem Vertreter der Gläubigerschaft, nicht den einzelnen Konkursgläubigern, zu.

Der Verwalter kann den Anspruch nötigenfalls im ordentlichen Prozesse durch Klage verfolgen.

c) Die Aushändigung der Postsendungen und Telegramme (§ 121). Die Konkurseröffnung selbst ändert an der Verpflichtung der Post- und Telegraphenanstalten, dem Gemeinschuldner die an ihn adressierten Sendungen und Telegramme auszuhändigen, nichts. Das Konkursgericht kann aber nach der Eröffnung des Konkurses von Amtswegen oder auf Anregung des Verwalters anordnen, dafs die Post- und Telegraphenanstalten[19] alle für den Gemeinschuldner bestimmten, d. h. an ihn adressierten[20] Sendungen,

---

[17] Dies kann insbesondere bei Pfandleihanstalten vorkommen; vgl. K.Pr. S. 79.

[18] Daher hätte der § 120 K.O. gestrichen werden können.

[19] Gedacht hat man bei der Erlassung der K.O. v. 1877 nur an die staatlichen Post- und Telegraphenanstalten. Die Anordnung kann aber wohl auch gegenüber einer Privatpostanstalt getroffen werden.

[20] Sendungen, die an andere Personen adressiert sind, werden nicht von der Anordnung getroffen, auch wenn die andere Person sich verpflichtet hat, sie dem Gemeinschuldner auszuliefern. Gehört der Anspruch des Gemein-

Briefe und Depeschen dem Konkursverwalter auszuhändigen haben[21]. Die Anordnung gilt, wenn nichts Anderes darin gesagt ist, für die ganze Dauer des Konkursverfahrens. Die Anordnung ist der Post- und Telegraphenanstalt und dem Verwalter von dem Gerichte mitzuteilen. Die öffentlichen Post- und Telegraphenanstalten sind kraft ihrer Amtspflicht zur Befolgung der Anordnung verbunden (vgl. § 5 Satz 2 des Postges. v. 28. Okt. 1871)[22].

Der Verwalter ist zur Eröffnung der ihm ausgehändigten Sendungen, Briefe und Depeschen berechtigt (vgl. § 299 Str.G.B.), er braucht den Gemeinschuldner nicht zur Eröffnung beizuziehen.

Der Gemeinschuldner kann die Einsicht der Sendungen etc. und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, deren Herausgabe von dem Verwalter verlangen. Entspricht der Verwalter diesem Verlangen nicht, so kann sich der Gemeinschuldner an das Konkursgericht als Aufsichtsbehörde (§ 83) wenden und beantragen, dafs das Konkursgericht den Verwalter anweise, jenem Verlangen zu entsprechen. Der Gemeinschuldner kann ferner bei dem Konkursgericht als dem Vollstreckungsgericht Einwendungen gegen das Verfahren des Verwalters erheben (nach Analogie von § 766 C.Pr.O.) und eine mit sofortiger Beschwerde anfechtbare Entscheidung des Gerichts herbeiführen. Auch ist der Verwalter persönlich dem Gemeinschuldner für den Schaden haftbar, der diesem durch pflichtwidriges Verhalten des Verwalters (Vorenthaltung der Sendungen) zugeht (arg. § 82)[23]; dieser Anspruch kann durch Klage geltend gemacht werden. Dagegen begründet § 121 Abs. 1 Satz 3 keinen privatrechtlichen, durch Klage verfolgbaren Anspruch des Gemeinschuldners auf Einsicht oder Herausgabe der dem Verwalter ausgehändigten Sendungen.

Gegen den Beschlufs des Gerichts, der den Antrag des Verwalters auf Erlassung der Anordnung zurückweist, steht diesem die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 3).

---

schuldners auf Herausgabe einer solchen Sendung zur Konkursmasse, so ist der Adressat nach allgemeinen Grundsätzen (§ 8) verpflichtet, die Sendung dem Verwalter herauszugeben.

[21] Vgl. Code de comm. alte Fassung Art. 463, neue Fassung v. 1838 Art. 471 Abs. 2; österr. K.O. § 89; Bankrupty-Act v. 1883/90 s. 26.

[22] Für Privatpostanstalten (vgl. N. 19) besteht keine Amtspflicht zur Befolgung der Anordnung. Aber durch Nichtbefolgung werden sie für den Schaden haftbar; denn die gerichtliche Anordnung begründet eine Verpflichtung wie eine gerichtliche Beschlagnahme.

[23] Vgl. K.Pr. S. 80.

Gegen den Beschluſs, durch den die Anordnung erlassen wird, hat niemand das Rechtsmittel der Beschwerde. Der Verwalter nicht, weil die Gläubigerschaft kein Interesse an der Aufhebung des Beschlusses hat. Der Gemeinschuldner nicht, weil ihm ein anderer Weg zur Reaktion gegen die Anordnung eröffnet ist[24].

Der Gemeinschuldner kann nämlich bei dem Konkursgerichte beantragen, daſs es die erlassene Anordnung aufhebe oder (auf eine bestimmte Zeit oder auf gewisse Arten von Sendungen) beschränke. Stellt der Gemeinschuldner einen solchen Antrag, so hat das Gericht darüber zu beschlieſsen. Das Gericht kann den Antrag ohne Anhörung des Verwalters abweisen; es darf ihm nur stattgeben, nachdem es den Verwalter gehört hat.

Die Aufhebung oder Beschränkung ist der Post- und Telegraphenbehörde von Amtswegen mitzuteilen.

Der Beschluſs, durch den das Gericht den Antrag des Gemeinschuldners auf Aufhebung oder Beschränkung der Anordnung ganz oder teilweise abweist, ist dem Antragsteller zuzustellen und kann von diesem mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (arg. § 73 Abs. 3).

Der Beschluſs, durch den das Gericht dem Antrage des Gemeinschuldners ganz oder teilweise stattgiebt, ist sowohl dem Gemeinschuldner als dem Verwalter zuzustellen. Der Verwalter kann den Beschluſs durch sofortige Beschwerde anfechten.

d) Die Siegelung (§ 122 Abs. 1)[25]. Der Verwalter kann zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörenden Sachen an diese oder an die Räume, wo sich die Sachen befinden, durch eine zur Siegelung gesetzlich ermächtigte Person Siegel anlegen lassen, wenn er dies nach seinem pflichtmäſsigen Ermessen für angezeigt erachtet. Die Landesgesetze bestimmen, wer zur Siegelung ermächtigt und wie die Siegelung auszuführen ist[26].

Die Siegelung gewährt strafrechtlichen Schutz (§ 136 Str.G.B.).

Die Entsiegelung ist Sache des Verwalters.

---

[24] Vgl. Stieglitz § 111 N. II. A.M.: v. Wilmowski N. 1 Abs. 2, Petersen u. Kleinfeller § 111 N. 3, v. Sarwey u. Bossert § 111 N. 2, Endemann S. 452. — Es widerspricht der Ökonomie des Prozeſsrechts, ein Rechtsmittel zur höheren Instanz zuzulassen, wo ein Antrag an die untere Instanz Abhilfe schaffen kann.

[25] Vgl. Code de comm. art. 468 ff., bayer. Pr.O. Art. 1238, österr. K.O. § 86.

[26] Vgl. preuſs. A.G. z. G.V.G. §§ 70, 74, 108; bayer. A.G. z. G.V.G. Art. 63 Abs. 2, 66 Nr. 2; württ. A.G. z. K.O. Art. 6; hess. A.G. z. G.V.G. § 27; els.-lothr. A.G. z. G.V.G. § 30.

Über die Siegelung und über die Entsiegelung ist ein Protokoll zu errichten, das auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen ist (§ 124).

Da die Siegelung und die Entsiegelung nicht auf einem Gerichtsbeschlusse beruht, so entfällt die Möglichkeit einer Beschwerde. Die Beteiligten können sich aber an das Konkursgericht als die Aufsichtsbehörde (§ 83) wenden, um dieses zu veranlassen, dem Verwalter in Bezug auf Aufhebung oder Vornahme einer Siegelung Weisungen zu erteilen.

e) Die Schliefsung der Geschäftsbücher (§ 122 Abs. 2). Die vorhandenen Geschäftsbücher des Gemeinschuldners (nicht bloſs die Handelsbücher!) sind von Amtswegen durch den Gerichtsschreiber des Konkursgerichts oder auf Ansuchen des Konkursgerichts durch den Gerichtsschreiber desjenigen Gerichts, in dessen Bezirk sich die Bücher befinden, zu schliefsen. Diese Schliefsung ist kein Bücherabschluſs im kaufmännischen Sinne, sondern besteht in einem Vermerke, der am Ende der Eintragungen beizusetzen ist. Dadurch sollen Veränderungen der Einträge verhütet und Nachträge als solche kenntlich gemacht werden. Zugleich ist der äuſsere Zustand der Bücher festzustellen[27].

Die Schliefsung der Bücher ist auch wegen § 239 Abs. 1 Nr. 3, 4 und wegen § 240 Abs. 1 Nr. 3, 4 K.O. von Bedeutung.

f) Die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftserteilung (§ 100) und zur Leistung des Offenbarungseides (§ 125).

α) Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschuſs und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse (also nicht bloſs über die Aktiva, sondern auch über die angemeldeten Forderungen) Auskunft zu geben. Der Verwalter und der Gläubigerausschuſs können die Auskunft ohne weiteres verlangen. Die Gläubigerversammlung muſs sich an das Gericht wenden (wozu ein Majoritätsbeschluſs erforderlich ist) und dessen Anordnung erwirken[28]. Übrigens kann das Gericht auch von Amtswegen eine solche Anordnung treffen und folglich einer Anregung stattgeben, die von einzelnen Gläubigern ausgeht.

---

[27] Vgl. Mot. S. 344.

[28] Nach den Mot. S. 317 ist dies zur Niederhaltung leidenschaftlicher Ausbrüche vorgesehen.

In der Anordnung sind die Punkte zu bestimmen, über die der Gemeinschuldner Auskunft erteilen soll. Die Anordnung ist dem Gemeinschuldner zuzustellen.

Gegen einen Gerichtsbeschluſs, durch den ein Antrag der Gläubigerversammlung auf Erlassung der Anordnung abgelehnt wird, steht dem Verwalter als dem Organe der Gläubigerschaft die sofortige Beschwerde zu[29]. Gegen die Anordnung hat der Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde.

Über die Zwangsmaſsregeln, durch die der Gemeinschuldner zur Erfüllung der Auskunftspflicht angehalten werden kann s. u. litt. h.

Zu einer Dienstleistung bei der Verwaltung ist der Gemeinschuldner nicht verpflichtet[30]. Der Verwalter kann ihn aber durch Vertrag dazu verpflichten.

β) Nach Anfertigung des Inventars (§ 124) ist der Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet. Der Eid ist auf Grund des Inventars und der zusätzlichen Angaben des Gemeinschuldners zu leisten. Als Eidesnorm ist die in § 807 C.Pr.O. für den Offenbarungseid vorgesehene Norm mit entsprechender Anpassung zu verwenden. Der Gemeinschuldner hat nur die Vollständigkeit seiner Angaben über das Aktivvermögen zu beschwören, über seine Schulden hat er Auskunft zu geben (§ 100), aber keinen Offenbarungseid zu leisten[31].

Sowohl der Verwalter, wie jeder einzelne an dem Verfahren durch ordnungsmäſsige Anmeldung beteiligte Konkursgläubiger[32]

---

[29] Die Gläubigerversammlung als solche hat kein Beschwerderecht, da sie nur während der Versammlung als Organ der Gläubigerschaft fungieren kann.

[30] Vgl. Mot. S. 318.

[31] A.M.: v. Wilmowski § 115 N. 1 Abs. 3.

[32] Vgl. v. Wilmowski § 115 N. 1 Abs. 1, Petersen u. Kleinfeller §§ 112 bis 115 N. V 1 u. A. — v. Sarwey u. Bossert § 112 N. 3, Endemann S. 457, Kohler, Lehrb. S. 396 und Francke, Offenbarungseid, S. 17f. halten nur denjenigen Konkursgläubiger für legitimiert (zum Verlangen des Offenbarungseides), dessen Forderung bereits festgestellt ist. Im Gesetze steht aber von diesem Erfordernisse nichts und aus logischen Erwägungen ergiebt es sich auch nicht. Natürlich kann der Gemeinschuldner, der zur Leistung des Offenbarungseides von einem Gläubiger geladen wird, dessen Forderung noch nicht festgestellt ist, bestreiten, daſs der Ladende Konkursgläubiger sei; denn von dieser Eigenschaft des Ladenden hängt seine Berechtigung ab, den Offenbarungseid zu verlangen. Aber warum sollte der Ladende dem Vollstreckungsgerichte seine Eigenschaft als Konkursgläubiger nicht auf

(auch ein Absonderungsberechtigter, der mit dem Ausfalle Konkursgläubiger ist) kann die Leistung des Offenbarungseides verlangen. Das Verlangen erfolgt durch die Ladung des Gemeinschuldners vor das Amtsgericht, bei dem das Konkursverfahren anhängig ist. Dieses Gericht fungiert in diesem Verfahren als Vollstreckungsgericht im Sinne des § 899 C.Pr.O.[33]. Auf das Verfahren finden die §§ 900 bis 914 C.Pr.O. entsprechende Anwendung[34].

---

andere Weise, als mittels des Nachweises der Feststellung darthun können? — Oetker, Grundbegr. I S. 519 meint, dafs nur derjenige Gläubiger zum Verlangen des Offenbarungseides befugt sei, dessen angemeldete Forderung zulassungsfähig und zugelassen ist. Da die Zulassung erst im Prüfungstermin erfolgt (vgl. oben S. 255, 259, 260 und Oetker I S. 285), so könnte auch nach dieser Ansicht kein Gläubiger den Gemeinschuldner zur Eidesleistung laden, bevor die Prüfung seiner Forderung stattgefunden hat. Auch gegen diese Ansicht spricht, dafs ein Nicht-Konkursgläubiger durch Bestreiten seiner Legitimation von dem Versuche, den Offenbarungseid zu erzwingen, abgehalten werden kann.

[33] Nach den Mot. S. 346 soll das durch die Fassung „das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist" zum Ausdrucke gebracht werden. — Nach Analogie des § 479 Abs. 1 C.Pr.O. kann das bezeichnete Amtsgericht anordnen, dafs die Eidesleistung vor einem anderen Gericht erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor jenem Gerichte verhindert ist oder sich in grofser Entfernung von dessen Sitz aufhält. Für die in § 479 Abs. 2 bezeichneten Personen ist ein Termin zur Eidesleistung in deren Wohnung anzusetzen.

[34] Derjenige, welcher den Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides laden will, hat das Ladungsformular bei dem Amtsrichter einzureichen (§ 900 Abs. 1 C.Pr.O.). Dieser bestimmt den Termin. Der Gerichtsschreiber hat für die Zustellung Sorge zu tragen, sofern nicht der Gesuchsteller erklärt hat, dies selbst thun zu wollen (arg. §§ 497, 501 C.Pr.O.). Die Anwesenheit des Ladenden in dem Termine ist nicht erforderlich (§ 900 Abs. 2 C.Pr.O.); der Offenbarungseid ist dem Gemeinschuldner auch in Abwesenheit des Ladenden abzunehmen, es wäre denn, dafs sich ergiebt, dafs derjenige, welcher geladen hat, nicht befugt ist, den Eid zu verlangen. Bestreitet der Gemeinschuldner seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides (sei es, dafs er die Legitimation des Ladenden, sei es, dafs er seine Eigenschaft als Gemeinschuldner oder als dessen gesetzlicher Vertreter oder als dessen Organ, sei es, dafs er seine Verpflichtung wegen früherer Eidesleistung oder wegen Vollstreckung der sechsmonatigen Zwangshaft in Abrede stellt), so ist von dem Gerichte durch Beschlufs über den Widerspruch zu entscheiden (§ 900 Abs. 2 Satz 1 C.Pr.O.). Dieser Beschlufs kann von demjenigen, welcher den Gemeinschuldner zur Eidesleistung geladen hat, und von dem Gemeinschuldner durch sofortige Beschwerde angefochten werden (arg. § 793 C.Pr.O.). Der Beschlufs ist, auch wenn er verkündet worden ist,

g) Die Verpflichtung des Gemeinschuldners, sich an seinem Wohnorte aufzuhalten (§ 101 Abs. 1). Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte, d. i. von dem

---

den Genannten von Amtswegen zuzustellen, um die Beschwerdefrist zu eröffnen. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung; das Gericht kann jedoch die Eidesleistung vor Eintritt der Rechtskraft anordnen, wenn bereits ein früherer Widerspruch (sc. gegenüber demselben Ladenden!) rechtskräftig verworfen ist (§ 900 Abs. 2 Satz 2 C.Pr.O.). — Gegen den Gemeinschuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag des Ladenden die Haft anzuordnen (§ 901 C.Pr.O.). Stellt der Ladende in dem Termine keinen Antrag auf Anordnung der Haft oder versäumt er den Termin, so kann gegen den Gemeinschuldner, der den Eid nicht leisten will, nichts geschehen. Die Ladung kann natürlich erneuert werden. — Die Haft ist Zwangshaft zu dem Zweck, um den Eigensinn des Gemeinschuldners zu brechen; daher kann der verhaftete Gemeinschuldner zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte seines Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrag ist ohne Verzug stattzugeben (§ 902 Abs. 1 C.Pr.O.). Nach Leistung des Eides wird der Gemeinschuldner aus der Haft entlassen und derjenige, welcher ihn geladen hatte, davon in Kenntnis gesetzt (§ 902 Abs. 2 C.Pr.O.). — Hat der Gemeinschuldner den Offenbarungseid geleistet, so ist er in diesem Konkurse zur nochmaligen Leistung des Eides auch gegenüber einem anderen zur Ladung Berechtigten nicht verpflichtet (arg. § 903 Abs. 1 C.Pr.O.). Die Bemerkung in den Mot. S. 346, der § 730 des Entw. III e. C.Pr.O., jetzt 903 C.Pr.O., entziehe sich einer Anwendung, ist nicht zutreffend. — Die Anwendung der § 904 bis 910 C.Pr.O. bietet keinen Anlafs zu besonderen Bemerkungen. — Die Kosten, welche durch die Haft entstehen (§ 911 C.Pr.O.), sind jedenfalls dann Massekosten (§ 58 Nr. 1 K.O.), wenn der Verwalter die Haft beantragt hat; der Verwalter hat sie nach Mafsgabe des § 911 C.Pr.O. voraus zu bezahlen. Zweifelhaft ist, ob die Kosten auch dann Massekosten sind, wenn ein Konkursgläubiger die Haft beantragt hat. Erwägt man, dafs die Aufwendung dieser Kosten keineswegs immer im Interesse der Gläubigerschaft gelegen ist, so wird man annehmen müssen, dafs zunächst der Antragsteller für die Kosten aufkommen mufs, dafs er jedoch Ersatz der aufgewendeten Kosten von der Gläubigerschaft insoweit verlangen kann, als zufolge seines Vorgehens ein Massebestandteil ermittelt worden ist, der die Aufwendung deckt (arg. § 684 Satz 1 B.G.B.). — Gegen den Gemeinschuldner, der wegen Mangels der Vorauszahlung der Kosten (§ 911 Satz 3 C.Pr.O.) oder ohne sein Zuthun aus der Haft entlassen worden ist, findet auf Antrag desselben Antragstellers eine Erneuerung der Haft nicht statt (arg. § 911 Satz 4 C.Pr.O.). — Die Anwendung der §§ 912, 913 C.Pr.O. bietet keine Schwierigkeit. — Die entsprechende Anwendung des § 914 C.Pr.O. ergiebt, dafs der Gemeinschuldner, gegen den wegen Verweigerung des Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten vollstreckt worden ist, auch auf Antrag eines anderen

Orte, wo er zur Zeit der Konkurseröffnung seine Wohnung hatte, nur mit Erlaubnis des Konkursgerichts entfernen. Nicht blofs eine Verlegung seines Wohnorts, sondern jede Reise (natürlich nicht ein blofser Ausflug) sind ihm verboten. Die Erlaubnis, sich zu entfernen, hat er bei Gerichte nachzusuchen. Das Gericht hat über das Gesuch zu entscheiden. Gegen die abweichende Entscheidung steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu (§ 73 Abs. 2). Gegen die Erteilung der Erlaubnis steht dem Verwalter dieses Rechtsmittel zu, was allerdings kaum von praktischer Bedeutung ist, da die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (arg. § 572 C.Pr.O.).

Wegen der Mafsregeln zur Erzwingung der bezeichneten Verpflichtung s. unten litt. h.

h) Die Vorführung und die Verhaftung des Gemeinschuldners (§ 101 Abs. 2). Das Gericht kann von Amtswegen oder auf Anregung des Verwalters oder eines durch Anmeldung am Verfahren beteiligten Konkursgläubigers die zwangsweise Vorführung des Gemeinschuldners und nach Anhörung des Gemeinschuldners dessen Verhaftung anordnen, wenn er die ihm vom Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung des Masse notwendig erscheint.

Als gesetzliche Verpflichtung, deren Nichterfüllung die zwangsweise Vorführung oder die Verhaftung zur Folge haben kann, kommt die Verpflichtung zur Auskunftserteilung (§ 100) in Betracht. Nicht die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides (§ 125), da die Erfüllung dieser Verpflichtung nach den Regeln der Civilprozefsordnung zu erzwingen ist[35].

Die Verhaftung ist möglich zur Erzwingung der Verpflichtung des Gemeinschuldners, sich nicht von dem Wohnorte zu entfernen (§ 101 Abs. 1); Vorführung könnte diesem Zwecke nicht dienen. Auch zu dem Zweck, um einen Widerstand des Gemeinschuldners gegen die Besitzergreifung des Verwalters zu beseitigen, wird die Verhaftung angeordnet werden können.

---

zur Ladung Berechtigten nicht mehr zur Leistung dieses Eides durch Haft angehalten werden kann. Man wird annehmen dürfen, dafs in diesem Falle nicht blofs die Anordnung neuer Haft, sondern überhaupt die Verpflichtung zur Eidesleistung cessiert, da diese Verpflichtung ohne die Möglichkeit der Zwangshaft bedeutungslos wäre.

[35] Vgl. oben N. 34. § 125 ist die speciellere Bestimmung und geht daher der Vorschrift des § 101 vor.

Zur Sicherung der Masse, namentlich gegen Verschleppungen von Sachen, die zur Masse gehören, oder gegen Einkassierung von Aufsenständen, aber auch zur Verhütung von Kollisionen, Verdunkelungen und sonstigen Behinderungen der Thätigkeit des Verwalters können beide Mafsregeln (Vorführung und Haft) angeordnet werden.

Zuwiderhandeln gegen die gesetzlichen Gebote und Verbote kann ein Anlafs sein, um Gefährdung der Masse anzunehmen und deswegen die Verhaftung des Gemeinschuldners zur Sicherung der Masse anzuordnen; aber als Strafe für eine begangene Handlung oder Unterlassung kann die Haft nicht verhängt werden[86].

Die zwangsweise Vorführung wird von dem Gerichtsvollzieher vollzogen. Das Gericht hat ihn von Amtswegen dazu zu beauftragen. Auf die Vollziehung der Haft finden die Vorschriften der §§ 904 bis 910, 912, 913 C.Pr.O. mit dem Abmafse Anwendung, dafs die Vollziehung von Amtswegen erfolgt[87]. Eben deswegen ist kein Kostenvorschufs (§ 911 C.Pr.O.) zu leisten.

Die Anordnung der in § 101 Abs. 2 vorgesehenen Mafsregeln erfolgt durch Gerichtsbeschlufs. Der Beschlufs ist dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter zuzustellen. Gegen den Beschlufs steht dem Gemeinschuldner das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu (§ 73 Abs. 2). Wohl auch dem Verwalter, soweit der Gläubigerschaft Kosten dadurch erwachsen.

Hat der Verwalter oder ein beteiligter Konkursgläubiger eine

---

[86] Nach der Terminologie der Reichsjustizgesetze bedeutet der Ausdruck „Haft" immer nur diejenige Mafsregel, welche die Beugung des Willens eines Verpflichteten unter das Gesetz oder die Sicherung gegen Gefährdung bezweckt; vgl. §§ 390 Abs. 2, 888 Abs. 1, 901, 933 C.Pr.O., § 69 Abs. 2 Str.Pr.O. Wo die Haft als Strafe für ein Zuwiderhandeln vorgesehen ist, ist der Ausdruck „Strafe der Haft" gebraucht; vgl. §§ 380 Abs. 1, 2, 4, 390 Abs. 1, 890 Abs. 1 C.Pr.O., § 50 Abs. 1 Satz 1 Str.Pr.O. Dafs in § 101 K.O. der Ausdruck Haft in einem Doppelsinne gebraucht wäre, ist nicht anzunehmen. Die Mot. S. 318 sprechen allerdings davon, dafs die Haft des § 93 (jetzt 101) als Zwangs- oder Strafmittel stattfinde. Aber diese Äufserung kann gegenüber dem feststehenden Sprachgebrauche nicht mafsgebend sein. Vgl. Petersen und Kleinfeller §§ 92, 93 N. 3. A.M.: v. Wilmowski § 93 N. 1 Abs. 3 im Anschlufs an die Motive.

[87] Vgl. die Mot. S. 346. Wer annimmt, dafs die Haft auch als Strafe für eine Handlung oder Unterlassung angeordnet werden kann, mufs folgerichtig annehmen, dafs auf eine als Strafe verhängte Haft nicht die Vorschriften der C.Pr.O., sondern die des § 18 Str.Pr.O. anzuwenden sind. So v. Wilmowski § 93 N. 1 Abs. 3.

der in § 101 Abs. 2 bezeichneten Maſsregeln förmlich beantragt, so steht ihm gegen den abweisenden (ihm zuzustellenden) Beschluſs des Gerichts das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu (§ 73 Abs. 2).

Das Gericht hat die getroffenen Maſsregeln, wenn sie ihren Zweck erreicht haben, von Amtswegen aufzuheben. Gegen die Aufhebung steht dem Verwalter (nicht den einzelnen Gläubigern) das bezeichnete Rechtsmittel zu.

Wenn der Gemeinschuldner die Aufhebung beantragt hat und mit seinem Antrag abgewiesen worden ist, so hat er das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde.

Ad litt. f bis litt. h:

Die unter litt. f bis litt. g besprochenen Pflichten und Zwangsmaſsregeln treffen in dem Konkurs einer physischen Person, welche prozeſsunfähig ist oder wegen Übernahme der Vertretung durch ihren Pfleger einer nicht prozeſsfähigen Person gleich steht[38], den gesetzlichen Vertreter. Nur die Verpflichtung, sich nicht ohne gerichtliche Erlaubnis von dem Wohnorte zu entfernen (§ 101 Abs. 1), dürfte nicht recht auf den Vertreter passen; andererseits möchte man die Zulässigkeit der Verhaftung eines nicht prozeſsfähigen Gemeinschuldners zur Sicherung der Masse postulieren, wenn durch dessen Verhalten die Masse gefährdet wird[39].

Im Nachlaſskonkurse treffen die besprochenen Pflichten und Zwangsmaſsregeln den Erben[40]. Da der Nachlaſskonkurs eröffnet werden kann, bevor die Erbschaft durch Annahme derselben oder durch Versäumung der Ausschlagungsfrist dem Erben endgültig erworben ist[41], so kann es vorkommen, daſs der Gemeinschuldner-Erbe nach der Eröffnung des Konkurses die Erbschaft ausschlägt. Dadurch scheidet er aus der Stellung des Gemeinschuldners aus, und zwar gilt er auch für die Zeit zwischen Anfall und Ausschlagung nicht mehr als Gemeinschuldner (arg. § 1953 Abs. 1 B.G.B.). Folglich verlieren etwaige Zwangsmaſsregeln, die das

---

[38] Vgl. oben S. 74 Ziff. 6 Abs. 2.

[39] Ein wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht entmündigter und daher prozeſsunfähiger Gemeinschuldner kann durch Verschleppung oder durch Zerstörung von Sachen, die zur Masse gehören, die Masse schädigen.

[40] Vgl. oben S. 74 Ziff. 6 Abs. 3. Bei einer Mehrheit von Erben werden alle Erben betroffen. Anstatt eines prozeſsunfähigen Erben wieder sein gesetzlicher Vertreter.

[41] Vgl. oben S. 68 Ziff. 2 Abs. 1.

Gericht gegen den Erben als Gemeinschuldner verhängt hatte, ihre Kraft. Von dem Zeitpunkte der Ausschlagung an treffen die Verpflichtungen und die etwa zu verhängenden[42] Zwangsmafsregeln denjenigen, welcher dem Ausschlagenden als Erbe nachrückt (vgl. § 1953 Abs. 2 B.G.B.). Da die nachrückenden Erben selten Lust haben werden, sich als Gemeinschuldner mit einem überschuldeten Nachlasse zu befassen, so werden sie in der Regel gleichfalls die Erbschaft ausschlagen, bis diese an den Fiskus kommt, der sie nicht ausschlagen kann (§ 1942 Abs. 2 B.G.B.).

Ist der Fall der Nacherbfolge eingetreten, so treffen im Nachlafskonkurse die besprochenen Pflichten des Gemeinschuldners und die Zwangsmafsregel den Nacherben (arg. § 2139 B.G.B.). Es kann sein, dafs dieser Fall während eines Nachlafskonkurses eintritt; dann rückt der Nacherbe in die Pflichten des Gemeinschuldners ein. Natürlich kann er sich diesen Pflichten durch Ausschlagung der Nacherbschaft wieder entziehen.

Hat der Erbe den Nachlafs verkauft oder in anderer Weise vergeben, so treffen im Nachlafskonkurse die besprochenen Verpflichtungen etc. den Erwerber der Erbschaft (arg. § 232 Abs. 1, § 233 K.O.). Erfolgt der Verkauf etc. nach der Eröffnung des Nachlafskonkurses (ein unpraktischer Fall!), so rückt der Käufer etc. in die Pflichten des Gemeinschuldners ein.

Ist eine juristische Person der Gemeinschuldner[43], so treffen die besprochenen Verpflichtungen und Zwangsmafsregeln die Organe der juristischen Person[44]. Nur ob das Verbot, sich ohne Erlaubnis

---

[42] Nicht die gegen den früheren Erben verhängten.

[43] Vgl. oben S. 69, 75 Abs. 1.

[44] Vgl. hierzu den § 244 K.O., wonach die Strafvorschriften der §§ 239 bis 241 K.O. gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft oder gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, Anwendung finden, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben. — Diese strafrechtliche Vorschrift trifft nicht alle Organe aller juristischen Personen, sondern greift diejenigen heraus, deren strafrechtliche Verantwortlichkeit von gröfserer praktischer Bedeutung ist. Aber der Umstand, dafs Personen, die als Organe einer juristischen Person fungieren, strafrechtlich verantwortlich gemacht werden für Konkursdelikte, die mit dem Konkurs über das Vermögen der juristischen Person zusammenhängen, kann immerhin als Parallele zu dem im Texte vorgetragenen Satz angeführt werden.

des Gerichts von dem Wohnorte zu entfernen (§ 101 Abs. 1), für alle Organe gilt, darf bezweifelt werden. Soweit die Organe öffentliche Beamte sind, besteht sicherlich kein Anlafs, das Verbot anzuwenden.

In dem Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand[45] treffen die besprochenen Pflichten und Zwangsmafsregeln in der Regel die sämtlichen Gemeinschafter[46]. Hat die Gemeinschaft besondere Organe zur Vornahme von Prozefshandlungen, so werden die Organe von jenen Verpflichtungen betroffen. Im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft ist der überlebende Ehegatte, nicht ein anteilsberechtigter Abkömmling, jenen Verpflichtungen und Zwangsmafsregeln unterworfen (arg. § 1487 Abs. 1 B.G.B.)[47].

§ 47.

III. Die Verwertung der Konkursmasse durch den Konkursverwalter.

1. Der Konkursverwalter hat das gesamte zur Konkursmasse gehörende Vermögen zu verwerten (§ 117 Abs. 1).

Die Verwertung umfafst auch Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht, soweit nicht der Konkursverwalter solche Gegenstände aus der Masse freigiebt.

2. Die Verwertungsbefugnis ist beschränkt:

a) in Ansehung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners. Diese gehören zwar zur Konkursmasse (§ 1 Abs. 3), dürfen aber nur mit dem Geschäft im Ganzen und nur insoweit veräufsert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebs unentbehrlich sind (§ 117 Abs. 2). Eine selbständige Verwertung der Geschäftsbücher, etwa als Makulatur, ist unzulässig. Soweit die Geschäftsbücher nicht mit dem Geschäfte veräufsert sind, sind sie

---

[45] Vgl. oben S. 70 ff., S. 75 Abs. 4.

[46] Dies gilt insbesondere für den Fall, dafs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft Konkurs eröffnet ist. Ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter ist von den Verpflichtungen und Zwangsmafsregeln nicht ausgenommen. Vgl. Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 70. — Im Konkurs über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt das Gleiche in Ansehung der persönlich haftenden Gesellschafter.

[47] Vgl. oben S. 75, letzter Absatz.

nach Beendigung des Konkurses dem Gemeinschuldner zurückzugeben[1];

b) in Ansehung der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände (Sachen und Rechte), wenn der Gemeinschuldner Vorerbe ist und die Veräufserung nach § 2115 B.G.B. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist (§ 128 K.O.)[2].

Ist über das Vermögen eines Vorerben (d. i. einer Person, der ein Nacherbe im Sinne des § 2100 B.G.B. gesetzt ist) Konkurs eröffnet, so gehört zu dem Vermögen des Gemeinschuldners und folglich zur Konkursmasse auch die ihm angefallene Erbschaft. Nun kann der Vorerbe über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände nur verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 bis 2115 B.G.B. ein Anderes ergiebt (§ 2112 B.G.B.). Nach § 2115 ist aber eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter[3] erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Nur dann ist die Verfügung unbeschränkt (also auch gegen den Nacherben) wirksam, wenn der Anspruch eines Nachlafsgläubigers (§ 1967 B.G.B.) oder ein an einem Erbschaftsgegenstande bestehendes Recht geltend gemacht wird, das im Falle der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist. Ein an einem Nachlafsgegenstande bestehendes Recht, das dem Nacherben gegenüber wirksam ist, kann nur ein dingliches Recht (insbesondere Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Pfandrecht) oder ein Pfandrecht an einer Forderung oder an einem sonstigen Rechte sein. Aus dinglichen Rechten entstehen aber keine Konkursforderungen, sondern sie kommen im Konkurse nur als die Unterlage von Aussonderungsansprüchen und Absonderungsrechten in Betracht. Folglich darf der Konkursverwalter in einem Konkurse, dessen Gemeinschuldner Vorerbe ist, die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände nur veräufsern[4],

---

[1] Vgl. Begr. d. Konk.-Nov. S. 24.

[2] Vgl. § 773 C.Pr.O. und die Begr. d. Civ.Proz.Nov. S. 157.

[3] In der Gleichstellung der Verfügung durch den Konkursverwalter mit der Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung zeigt sich wieder, dafs der Konkurs ein Zwangsvollstreckungsverfahren ist.

[4] Die Befriedigung des Anspruchs eines Aussonderungsberechtigten ist keine Veräufserung eines zur Masse gehörenden Gegenstandes, weil die auszusondernden Gegenstände de iure nicht zur Masse gehören. Ebensowenig liegt darin, dafs der Verwalter einem Absonderungsberechtigten die

wenn sich unter den Gläubigern des Erbenkonkurses ein Nachlafsgläubiger befindet[5].

Und auch in diesem Falle darf er von den bezeichneten Gegenständen nur soviel veräufsern, als nötig ist, um die Nachlafsgläubiger zu befriedigen. Da nun der Verwalter vor der Feststellung der Forderung eines Nachlafsgläubigers nicht wissen kann, wieviel zur Befriedigung erforderlich ist, so ergiebt sich, dafs er Erbschaftsgegenstände erst veräufsern darf, wenn die Forderung eines Nachlafsgläubigers im Erbenkonkurse angemeldet, geprüft und festgestellt ist.

Der Erlös einer solchen Veräufserung darf nur für die Nachlafsgläubiger, nicht für die anderen Gläubiger des Erben, verwendet werden. Die Situation, die sich daraus für das Verhältnis der Nachlafsgläubiger zu den anderen Gläubigern des Erbenkonkurses ergiebt, ist analog derjenigen, welche sich ergiebt, wenn gewisse Vermögensbestandteile einzelnen Konkursgläubigern gegenüber Exekutionsobjekt sind, anderen gegenüber aber nicht. Diese Situation ist oben S. 86 bis 88 behandelt. Die dort entwickelten Sätze sind hier entsprechend anzuwenden.

Ergiebt sich bei der zur Befriedigung eines Nachlafsgläubigers vorgenommenen und daher rechtmäfsigen Veräufserung eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes durch den Konkursverwalter ein Erlös, der den Betrag der Nachlafsverbindlichkeiten übersteigt, so ist das Plus an den Gemeinschuldner (Vorerben) und, wenn der Fall der Nacherbschaft bereits eingetreten ist, an den Nacherben herauszugeben[6].

---

abgesonderte Befriedigung aus einem zur Erbschaft gehörenden Gegenstande gestattet, eine Veräufserung. Hat der Verwalter ein Absonderungsrecht abgelöst und ist infolge dessen die Hypothek, die Grundschuld, die Rentenschuld oder das Pfandrecht auf die Gläubigerschaft übergegangen (darüber s. oben S. 102 letzter Absatz), so kann er das auf die Gläubigerschaft übergegangene Recht für diese auch an einem zur Erbschaft des Vorerben gehörenden Gegenstande geltend machen und folglich diesen Gegenstand veräufsern. Übersteigt der Erlös den Betrag der Forderung, für die die abgesonderte Befriedigung verlangt werden konnte, so ist der Mehrerlös zunächst zur vollständigen Befriedigung der Nachlafsgläubiger zu verwenden, soweit er aber dazu nicht erforderlich ist, dem Gemeinschuldner (Vorerben) oder, wenn der Fall der Nacherbschaft bereits eingetreten ist, dem Nacherben herauszugeben. Vgl. die N. 6.

[5] Unter Veräufserung ist hier auch die Beitreibung einer Forderung zu verstehen.

[6] Der Mehrerlös darf nicht zur Befriedigung der anderen Gläubiger des Erbenkonkurses verwendet werden, weil die Veräufserung des Erbschaftsgegenstandes zu ihren Gunsten unstatthaft ist. — Der Nacherbe hat vor dem

Unternimmt der Verwalter die Veräufserung eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, ohne dazu befugt zu sein, so kann der Gemeinschuldner (Vorerbe) nach Analogie des § 766 C.Pr.O. Einwendungen bei dem Konkursgericht als dem Vollstreckungsgericht erheben; der Nacherbe aber kann nach Analogie des § 773 Satz 2 C.Pr.O. Widerspruch nach Mafsgabe des § 771 C.Pr.O. erheben, also gegen den Verwalter auf Unterlassung der Veräufserung klagen.

Ist die Veräufserung beendigt, aber der Erlös noch nicht verteilt, so kann der Gemeinschuldner (Vorerbe) Einwendungen gegen die Verteilung und der Nacherbe immer noch Widerspruchsklage erheben. Nach Verteilung des Erlöses tritt eine ähnliche Situation ein, wie wenn ein Gegenstand von dem Verwalter veräufsert worden ist, der nicht zur Konkursmasse gehörte[7].

Für den Nachlafskonkurs haben die unter litt. b besprochenen Regeln nur dann Bedeutung, wenn der Erblasser Vorerbe war und der Fall der Nacherbfolge mit seinem Tode noch nicht eingetreten ist (vgl. § 2103 B.G.B.). Ist der Fall der Nacherbfolge eingetreten, so gehört die Vorerbschaft nicht mehr zum Nachlasse und folglich nicht mehr zur Masse des Nachlafskonkurses. Der Nacherbe kann deren Aussonderung verlangen.

Die in § 128 enthaltene Beschränkung der Verwertungsbefugnis bezieht sich blofs auf die Verwertung der Substanz der Erbschaftsgegenstände, nicht auf deren Nutzungen, soweit diese dem Vorerben gehören. Daher kann der Verwalter Erbschaftsgegenstände für Rechnung der Masse vermieten oder verpachten; bei Eintritt der Nacherbfolge kommen dann die Vorschriften des § 2135 B.G.B., indirekt also die Vorschriften des § 1056 B.G.B., zur Anwendung.

3. Die Konkursmasse wird dadurch verwertet, dafs aus den dazu gehörenden Gegenständen Geld oder Geldeswert gewonnen wird[8].

Der Verwalter hat für die bestmögliche Verwertung zu sorgen. Er haftet persönlich der Gläubigerschaft (während des Konkurses),

---

Eintritte des Falls der Nacherbschaft kein Recht auf Herausgabe der Erbschaft, folglich auch nicht auf den Erlös aus einem Erbschaftsgegenstande.

[7] Vgl. oben S. 91 bei N. 3.

[8] Geldeswert kann insbesondere auch dadurch für die Masse gewonnen werden, dafs ein Gegenstand einem Konkursgläubiger für seinen Dividendenanspruch oder einem Massegläubiger für seine Forderung an Erfüllungsstatt übereignet wird.

den einzelnen beteiligten Konkursgläubigern (nach Beendigung des Konkurses), den Massegläubigern (nach Beendigung des Konkurses) und dem Gemeinschuldner für Schadensersatz, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gegen diese Verpflichtung verstöfst.

Der Verwalter kann die zur Masse gehörenden Gegenstände einzeln oder gruppenweise verwerten. Er kann insbesondere „das Geschäft" des Gemeinschuldners, d. i. den Inbegriff der Geschäftseinrichtung, der Waren und der Geschäftsaufsenstände samt den zum Geschäftsbetrieb unentbehrlichen Geschäftsbüchern im Ganzen veräufsern (vgl. die §§ 117 Abs. 2, 134 Nr. 1)[9]. Desgleichen ein Warenlager im Ganzen (vgl. § 134 Nr. 1), ein Fabrik- oder ein sonstiges Etablissement etc. etc.

Die Verwertung kann nicht blofs durch Veräufserung, sondern auch in der Weise erfolgen, dafs die vorhandenen Einrichtungen für die Gläubigerschaft benutzt, z. B. das Geschäft des Gemeinschuldners auf Rechnung der Gläubigerschaft fortgeführt, oder deren Benutzung einem anderen gegen Entgelt (also miet- oder pachtweise) überlassen wird.

Die Verwertung der zur Konkursmasse gehörenden Forderungen erfolgt durch deren Beitreibung[10]. Dazu ist der Verwalter kraft der Beschlagnahme durch die Konkurseröffnung legitimiert, ohne dafs ihm die einzelnen Forderungen zur Beitreibung überwiesen werden müssen. Natürlich kann der Verwalter diese Forderungen auch gerichtlich geltend machen. Der Verwalter kann übrigens eine Forderung auch durch Veräufserung (Übertragung gegen Entgelt) verwerten.

Was von Forderungen gilt, gilt auch von anderen zur Masse gehörenden Rechten, insbesondere von Eigentumsansprüchen, Dienstbarkeiten, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Pfandrechten, Erbrechtsansprüchen, Immaterialgüterrechten etc. etc.

Bei der Verwertung ist der Verwalter nicht an die Vorschriften gebunden, die für die Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung gelten (eine Modifikation s. § 127 Abs. 1). Aber er kann diesen Weg einschlagen, wenn ihm dies zweckdienlich erscheint.

---

[9] Darüber, ob die Firma und ob das Recht auf ein Warenzeichen mit dem Geschäfte übertragbar ist, vgl. oben S. 86 N. 12.

[10] Unter den Gesichtspunkt der Beitreibung von Forderungen, die zur Konkursmasse gehören, fällt auch das Umlageverfahren im Genossenschaftskonkurse. Weil dieses Verfahren besonders geregelt ist (§§ 105 bis 110 Gen.Ges. Red. v. 1898), erheischt es eine getrennte Darstellung; s. u. § 49).

4. Ausdrücklich ist dem Verwalter die Befugnis eingeräumt, die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung der zur Masse gehörenden unbeweglichen Gegenstände bei der zuständigen Behörde zu betreiben (§ 126)[11].

Diese Befugnis dient insbesondere dazu, unbewegliche Gegenstände, an denen Absonderungsrechte bestehen, zu verwerten und den nach Deckung der Absonderungsberechtigten übrig bleibenden Erlös für die Konkursgläubiger einzuheimsen.

Die Befugnis beschränkt sich aber nicht auf den Fall, dafs Absonderungsrechte an solchen Gegenständen bestehen; der Verwalter kann die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung auch betreiben, ohne dafs ein Absonderungsrecht besteht[12].

Durch das Bestehen von Absonderungsrechten ist der Verwalter nicht genötigt, zur Verwertung von unbeweglichen Gegenständen den Weg der Zwangsverwaltung oder der Zwangsversteigerung zu beschreiten. Er kann sie vielmehr auch freihändig verkaufen, natürlich nur mit den Belastungen, soweit er diese nicht abgelöst hat.

Bei welcher Behörde und in welcher Weise der Konkursverwalter die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zu betreiben hat, ergiebt sich aus den Vorschriften des R.G. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. März 1897. Vgl. insbesondere die §§ 172 bis 174 des bezeichneten Gesetzes. Vollstreckungstitel ist der Konkurseröffnungsbeschlufs, dessen vollstreckbare Ausfertigung wohl durch die dem Konkursverwalter erteilte Legitimation (§ 81 Abs. 2 K.O.) ersetzt werden kann[13]. Der Beschlufs gilt nicht als Beschlagnahme (§ 173 Satz 1 Zw.V.G.), weil die Beschlagnahme bereits durch die Konkurseröffnung erfolgt ist. Die wegen § 10 Abs. 1 Nr. 4 Zw.V.G. bedeutsame Abgrenzung der laufenden Beträge wiederkehrender Leistungen (z. B. Zinsen) von den rückständigen Beträgen solcher Leistungen (§ 13 Zw.V.G.) erfolgt in der Weise, dafs die Zustellung des Beschlusses, durch den auf Antrag des Verwalters das Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren angeordnet wird,

---

[11] Unbewegliche Gegenstände im Sinne des § 126 K.O. sind diejenigen, welche der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen unterliegen. Welche Gegenstände dieser Zwangsvollstreckung unterliegen, ergiebt der § 864 C.Pr.O.

[12] Vgl. v. Wilmowski § 116 N. 1, Petersen und Kleinfeller §§ 116, 117 N. 3. A.M.: Hullmann § 116 N. 8.

[13] Vgl. oben S. 283 N. 1.

an den Konkursverwalter in derselben Weise mafsgebend ist, wie sonst die Beschlagnahme[14] (§ 173 Satz 2 Zw.V.G.). Ebenso ist der Zeitpunkt der Zustellung des bezeichneten Beschlusses an den Konkursverwalter entscheidend für die Frage, in welchem Umfang aufser dem eigentlichen Gegenstande des Verfahrens (dem Grundstücke, dem Schiffe etc.) noch weitere Gegenstände (Früchte, Zubehör etc.) als nach den Versteigerungsbedingungen (§ 55 Zw.V.G.) zur Mitversteigerung gestellt anzusehen sind und demzufolge von dem Ersteher durch den Zuschlag miterworben werden (§ 173 Satz 2 Zw.V.G.)[15]. Hat ein Gläubiger für seine Forderung gegen den Gemeinschuldner ein von dem Gemeinschuldner anerkanntes Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück oder aus dem sonstigen Gegenstande der Zwangsversteigerung, so kann er bis zum Schlusse der Verhandlung im Versteigerungstermine verlangen, dafs bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden; in diesem Falle ist das Grundstück auch mit der verlangten Abweichung auszubieten (§ 174 Zw.V.G.)[16].

---

[14] Als laufend gelten hiernach die Beträge, die für die Zeit seit dem letzten Fälligkeitstermine vor Zustellung des Beschlusses an den Konkursverwalter, als rückständig diejenigen, welche für die Zeit bis zu diesem Fälligkeitstermine zu entrichten sind. Vgl. Denkschr. z. Entw. des Zw.V.G., Reichstagsakten, 9. Leg.Per. IV. Sess. 1895/97, Nr. 607 S. 37, 69.

[15] Es sind dies alle Gegenstände, auf die sich die Beschlagnahme erstreckt hätte, wenn das Verfahren auf Antrag eines Gläubigers angeordnet worden wäre (vgl. § 20 Abs. 2, 21 Zw.V.G. mit §§ 1120, 1123, 1126, 1127 bis 1129 B.G.B.), mit Ausnahme derjenigen, welche der Konkursverwalter in der Zwischenzeit bis zum Versteigerungstermine kraft seiner gesetzlichen Befugnisse anderweit veräufsert hat. Vgl. Denkschr. z. Entw. d. Zw.V.G. S. 69.

[16] Der Antrag, das Grundstück zu dem geringeren Betrage auszubieten, hat praktische Bedeutung für den Fall, dafs das geringste Gebot, welches unter Berücksichtigung der Ansprüche des Absonderungsberechtigten festgestellt wird (§§ 44 bis 48 Zw.V.G.), nicht erreicht wird. Da ein Absonderungsberechtigter, dem der Gemeinschuldner auch persönlich haftet, nur mit dem Ausfall als Konkursgläubiger beteiligt ist (s. oben S. 43 f.), hat er ein Interesse daran, dafs der Ausfall möglichst bald und ohne Weiterungen festgestellt wird. Diesem Interesse trägt der § 174 Zw.V.G. Rechnung, indem er dem Absonderungsberechtigten, dem der Gemeinschuldner auch persönlich haftet, unter der Voraussetzung, dafs sein Absonderungsrecht von dem Konkursverwalter ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt ist, die Befugnis einräumt, bis zum Schlusse des Versteigerungstermins zu verlangen, dafs ein zweites geringstes Gebot festgestellt werde, bei dem nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden, und dafs das Grundstück auch zu diesem geringsten Gebote ausgeboten werde. Soweit ein solcher

Durch die Konkurseröffnung verliert ein Absonderungsberechtigter nicht die Befugnis, die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung in Ansehung des Gegenstandes zu betreiben, an dem er ein Absonderungsrecht hat. Als Exequendus fungiert der Konkursverwalter als Organ der Gläubigerschaft.

Ein zur Zeit der Eröffnung des Konkurses bereits anhängiges Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand wird durch die Eröffnung des Konkurses nicht unterbrochen; mit der Beschlagnahme, d. i. mit dem Akte, durch den das Verfahren anhängig geworden ist, hat der betreibende Gläubiger stets ein Absonderungsrecht erlangt, wenn ihm nicht schon vorher ein solches zustand[17]. Da aber das Recht, über den Gegenstand dieses Verfahrens zu verfügen, mit der Konkurseröffnung auf den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft übergeht, so hat dieser in einem solchen während des Konkurses fortgesetzten Verfahren die Stellung, die vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zukam.

Nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Zw.V.G. kann der Erbe nach der Annahme der Erbschaft die Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks beantragen, wenn ein Nachlafsgläubiger für seine Forderung ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat. Zu diesem Antrag ist auch ein Nachlafspfleger[18] und ein Testamentsvollstrecker berechtigt, wenn ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht (arg. § 175 Abs. 2 Satz 2 Zw.V.G. mit § 991 Abs. 2 C.Pr.O.). Das Recht, eine solche Versteigerung zu beantragen, cessiert jedoch in den Fällen des § 175 Abs. 2 Zw.V.G.

Wird während eines nach § 175 Zw.V.G. angeordneten Zwangsversteigerungsverfahrens der Konkurs über den Nachlafs eröffnet, zu dem das Grundstück gehört, so ist der Zweck dieses Verfahrens hinfällig geworden und es würde daher das Verfahren aufzuheben sein. Da sich jedoch auch im Konkurse die Verwertung

---

Antrag nicht gestellt oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen abgewiesen wird, verbleibt es bei den allgemeinen Vorschriften über das geringste Gebot, wonach durch dasselbe sämtliche an dem Grundstücke bestehenden Rechte gedeckt sein müssen. Vgl. Denkschr. z. Entw. e. Zw.V.G. S. 69 f.

[17] Vgl. oben S. 108 litt. *a*.

[18] Unter Nachlafspfleger ist hier auch der Nachlafsverwalter zu verstehen. Vgl. Denkschr. z. Entw. e. Ges. betr. Änderungen der C.Pr.O., Reichstagsakten, 9. Leg.-Per. V. Sess. 1897/98 Nr. 61, S. 199.

der zur Masse gehörenden unbeweglichen Gegenstände meistens im Wege der Zwangsversteigerung vollzieht, so ist zur Ersparung von Kosten und Weiterungen bestimmt, dafs das Zwangsversteigerungsverfahren durch die Eröffnung des Nachlafskonkurses nicht beendigt wird, dafs jedoch vom Zeitpunkte der Konkurseröffnung an die Rolle des Antragstellers auf den Konkursverwalter übergeht (§ 178 Abs. 2 Zw.V.G.). Daraus folgt, dafs der Konkursverwalter befugt ist, die Aufhebung oder die einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, sofern diese nach der Lage des Zwangsversteigerungsverfahrens noch zulässig ist[19]. Weiter ergiebt sich, dafs einem Absonderungsberechtigten, der zugleich persönlicher Gläubiger des Erblassers war, von jetzt an die in § 174 Zw.V.G. vorgesehene Befugnis zusteht.

5. Der Verwalter ist befugt, die Verwertung eines zur Masse gehörenden Gegenstandes, an dem ein Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht[20] oder ein diesem gleichstehendes Recht[21] beansprucht, nach Mafsgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung[22] oder über den Pfandverkauf[23] zu be-

---

[19] Vgl. Denkschr. z. Entw. d. Zw.V.G. S. 71.

[20] In der K.O. v. 1877 stand Faustpfandrecht. Die Änderung läfst ersehen, dafs jetzt ein Pfandrecht im Sinne des B.G.B. §§ 1204 bis 1296, also ein Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten, gemeint ist.

[21] Welche Rechte einem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechte gleichstehen, ergiebt der § 49 K.O.

[22] Die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen mit Ausnahme der registrierten Schiffe stehen in der C.Pr.O. §§ 803 bis 863. Aber nicht alle diese Vorschriften, sondern nur diejenigen, welche die Verwertung betreffen, finden hier Anwendung. Insbesondere findet keine Pfändung statt, denn die zur Masse gehörigen Gegenstände sind ja schon durch die Konkurseröffnung beschlagnahmt (a. M. nur Wolff, Absonderungsrecht, S. 192). Der Verwalter läfst die Sachen durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der §§ 814 Abs. 1, 816 Abs. 2, 817, 819 bis 825 C.Pr.O. verkaufen. Auf die Verwertung von Forderungen und sonstigen Rechten sind die §§ 835, 841, 844, 846, 856 bis 858 C.Pr.O. anzuwenden. Einer gerichtlichen Überweisung der Forderungen oder sonstigen Rechte an den Konkursverwalter bedarf es nicht; diese wird durch die Konkurseröffnung ersetzt; vgl. §§ 6, 8 K.O.

Die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in registrierte Schiffe sind in den §§ 162 bis 171 Zw.V.G. enthalten. Für die Zwangsvollstreckung in nicht registrierte Schiffe gelten die oben angeführten Vorschriften der C.Pr.O.

[23] Die Vorschriften über den Pfandverkauf sind in den §§ 1219 bis 1221, 1233, 1235 bis 1241, 1295 B.G.B. enthalten. Dafs der Verwalter die Wahl hat zwischen der Verwertung nach den Vorschriften der Zwangsversteigerung

treiben (§ 127 Abs. 1 Satz 1), auch wenn sich der Gegenstand im Besitze des Absonderungsberechtigten befindet. Der Verwalter kann also auch durch öffentliche Versteigerung ohne Gerichtsvollzieher (§§ 1235 bis 1238, 1240 B.G.B.) und, wenn der Gegenstand einen Börsen- oder Marktpreis hat, aus freier Hand (d. i. ohne Versteigerung) durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise verkaufen (§ 1295 mit § 1221 B.G.B.).

Der Absonderungsberechtigte[24] kann einer solchen Veräufserung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen (§ 127 Abs. 1 Satz 2)[25]. Befindet sich die Sache im Besitze des Absonderungsberechtigten oder eines Dritten, so kann der Verwalter sie wegnehmen oder durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen lassen, wenn der Besitzer zur Herausgabe bereit ist (arg. § 809 C.Pr.O.). Ist dies nicht der Fall, so mufs der Verwalter gegen den Besitzer auf Herausgabe klagen[26].

---

und der Verwertung nach den Vorschriften über den Pfandverkauf ist eine Neuerung der K.O. v. 1898. Nach der alten K.O. § 117 war er blofs zu der ersten Art der Verwertung befugt. Von den Vorschriften über die Verwertung einer verpfändeten Forderung oder eines verpfändeten Rechts (B.G.B. §§ 1277, 1281 bis 1296 B.G.B.) ist nur der § 1295 anwendbar, weil er allein von einem Pfandverkaufe handelt.

[24] Im Gesetze ist von dem „Gläubiger" die Rede. Aus dem Zusammenhange von § 127 Satz 2 mit § 127 Abs. 1 geht hervor, dafs der Absonderungsberechtigte gemeint ist. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob dieser auch Konkursgläubiger ist oder nicht.

[25] Ohne diese Bestimmung würde der absonderungsberechtigte Besitzer auf Grund seines Absonderungsrechts der Veräufserung widersprechen und folglich Widerspruchsklage gegen den Verwalter erheben können (arg. § 771 mit § 805 Abs. 1 Halbsatz 1 C.Pr.O.). Die Besonderheit besteht darin, dafs ihm das Widerspruchsrecht hier entzogen ist. Diese Besonderheit gilt aber nur, wenn der Verwalter die Veräufserung in der Weise vornimmt, wie sie ihm durch § 127 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 gestattet ist. Gegenüber einer anderen Veräufserung verbleibt es bei dem Widerspruchsrecht und der Widerspruchsklage des absonderungsberechtigten Besitzers.

[26] So auch die Kommentatoren, z. B. v. Wilmowski § 117 N. 3. A.M.: Oetker, Grundbegr. I, S. 467, 468; nach dessen Ansicht kann der Verwalter von dem Besitzer nur die Einwilligung zu der Zwangsvollstreckung verlangen und, wenn er diese verweigert, nicht auf Herausgabe, sondern nur darauf klagen, dafs das Gericht die Vollstreckung für zulässig erkläre. Aber auf Grund eines Urteils dieses Inhalts kann der Gerichtsvollzieher dem Besitzer eine Pfandsache noch nicht wegnehmen; und doch mufs dieses möglich sein, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder nach den Regeln des Pfandverkaufs ausgeführt werden soll.

Da dem Absonderungsberechtigten sein Recht auf Befriedigung aus dem Gegenstande verbleibt, auch wenn die Verwertung durch den Verwalter erfolgt, so kann er von dem Verwalter verlangen, dafs dieser seine Forderung, soweit sie durch das Absonderungsrecht gesichert ist, aus dem Erlöse befriedige. Kommt der Verwalter diesem Verlangen nicht nach, so kann der Absonderungsberechtigte im ordentlichen Verfahren gegen den Verwalter als Organ der Gläubigerschaft klagen, und zwar darauf, dafs die verklagte Gläubigerschaft verurteilt werde, dem Kläger den betreffenden Betrag herauszuzahlen (arg. § 805 Abs. 1 Halbs. 2 C.Pr.O.). Die Klage ist bei dem Konkursgericht als dem Vollstreckungsgericht, und wenn der Streitgegenstand nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirk das Konkursgericht seinen Sitz hat (arg. § 805 Abs. 2 C.Pr.O.). Diese Zuständigkeit ist ausschliefslich (arg. § 802 C.Pr.O.). Die Vorschriften des § 805 Abs. 3, 4 C.Pr.O. finden keine Anwendung, weil sie nicht für den Fall der Verwertung durch den Verwalter passen[27].

Die Befugnis des Verwalters, die Veräufserung eines Gegenstandes nach Mafsgabe des § 127 Abs. 1 zu betreiben, ist modifiziert für den Eall, dafs der Absonderungsberechtigte[28] befugt ist, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen[29]. In diesem Falle mufs der Verwalter, ehe er die Veräufserung betreibt, erst bei dem Konkursgerichte beantragen, dafs dieses dem Absonderungsberechtigten eine Frist bestimme, innerhalb deren er den Gegenstand zu verwerten hat (§ 127 Abs. 2 Satz 1). Erst nach dem Ablaufe der Frist kann der Verwalter die Veräufserung nach § 127 Abs. 1 ins Werk setzen[30].

Durch diese Modifikation wird verhütet, dafs der Verwalter dadurch, dafs er die Veräufserung nach den Vorschriften über die

---

[27] Der Gemeinschuldner kann nicht mitverklagt werden, weil er über den zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand nicht mehr zu verfügen hat; daher pafst § 805 Abs. 3 nicht. — Die in § 805 Abs. 4 vorgesehenen Sicherungsmafsregeln sind nicht am Platze, wenn der Verwalter die Veräufserung betreibt.

[28] Vgl. oben N. 24.

[29] Vgl. §§ 1219 bis 1221, 1228, 1233 bis 1241 B.G.B., § 368 H.G.B. Die Voraussetzungen des § 1219 werden selten gegeben sein.

[30] Der Absonderungsberechtigte kann auch noch nach Ablauf der Frist die Verwertung betreiben, solange der Verwalter mit deren Betrieb noch nicht begonnen hat.

Zwangsvollstreckung betreibt, dem Absonderungsberechtigten das Recht vereitelt, die Veräufserung auf einfacherem Wege und mit geringeren Kosten zu betreiben.

§ 48.

IV. Die Beteiligung des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung bei der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse.

1. Zu gewissen Verwaltungs- und Verwertungsgeschäften hat der Konkursverwalter die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen, wenn ein solcher vorhanden ist.

Es sind dies folgende Geschäfte:

a) der Verkauf von Gegenständen (Sachen und Rechten) vor Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins (§ 138) und, wenn vor dem Schlusse dieses Termins ein Zwangsvergleich vorgeschlagen ist, vor Erledigung des Vergleichsvorschlags[1]. Die Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn der Verkauf nicht ohne offenbaren Nachteil für die Masse ausgesetzt werden kann oder wenn er durch die Fortführung des von dem Gemeinschuldner betriebenen Geschäfts veranlafst ist (§ 133 Nr. 1)[2];

b) das Verlangen der Erfüllung eines Rechtsgeschäfts des Gemeinschuldners[3], das Anhängigmachen eines Prozesses[4], die

---

[1] Nur ein Vergleichsvorschlag, der nicht nach § 175 unzulässig ist, kommt in Betracht. Erledigt ist der Vergleichsvorschlag, wenn er von dem Gerichte zurückgewiesen oder von der Gläubigerversammlung abgelehnt worden ist.

[2] Ein „Ausverkauf" dürfte nur dazu gehören, wenn er dem ordentlichen Betrieb bei Fortführung des Geschäfts entspricht.

[3] Wie aus den Mot. S. 354 hervorgeht, handelt es sich nur um den Fall, dafs der Verwalter die Erfüllung eines zweiseitigen, zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrags auf Rechnung der Gläubigerschaft erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen will (§ 17 und § 20 Abs. 2 Satz 2). Da die Erklärung des Verwalters, er wolle die Erfüllung verlangen, eine Masseschuld erzeugt (§ 59 Nr. 2), so soll er dazu die Genehmigung des Gläubigerausschusses einholen. Die Erfüllung selbst bedarf der Genehmigung nicht mehr, wenn das Verlangen der Erfüllung genehmigt worden ist. Zur Ablehnung der Erfüllung ist keine Genehmigung erforderlich.

[4] Die Genehmigung ist einzuholen zu jedem Prozesse über die Aktivmasse, zu dessen Anhängigmachung (durch Klage, Widerklage, Mahnverfahren)

Ablehnung der Aufnahme eines Prozesses[5], die Schliefsung eines Vergleichs[6] oder eines Schiedsvertrags[7], die Anerkennung eines Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseanspruchs[8], die Einlösung eines Pfandstücks[9], die Veräufserung einer Forderung[10],

---

der Verwalter die Initiative ergreift. Zur Widerklage halten Fitting § 23 N. 24 und Endemann S. 475 die Genehmigung nicht für erforderlich, aus dem formalistischen Grunde, dafs durch die Widerklage kein „Prozefs", sondern ein Anspruch anhängig gemacht werde. — Zweifelhaft ist, ob die Genehmigung auch erforderlich ist, wenn der Verwalter die Initiative zu einem Prozesse über die Passivmasse ergreifen will. Es handelt sich um den Fall, dafs der Verwalter in dem Prüfungstermine Widerspruch gegen eine Forderung erhoben hat, für welche ein mit einer Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, weil hier der Widerspruch von dem Verwalter zu verfolgen ist (§ 146 Abs. 6). Über die verschiedenen Modalitäten der Verfolgung s. oben S. 274 Abs. 2. Ein „Anhängigmachen" eines Prozesses erfolgt strenggenommen nur, wenn der Verwalter zur Verfolgung seines Widerspruchs eine Wiederaufnahmeklage oder eine Widerspruchsklage (§ 767 C.Pr.O.) erhebt; nicht, wenn er Einspruch, Berufung oder Revision einlegt. Klammert man sich an den Wortlaut des Gesetzes, so wird man die Genehmigung bei der ersteren Art von Verfolgung des Widerspruchs fordern, bei der zweiten nicht. Aber diese Wortinterpretation ist abzulehnen. Der Gedanke, der dem Gesetz zu Grunde liegt, läuft darauf hinaus, dafs der Verwalter zu prozessualischer Initiative die Genehmigung des Gläubigerausschusses einholen soll. A.M.: die Mot. S. 354, sowie Hullmann §§ 121, 122 N. 8, v. Sarwey u. Bossert § 121 N. 5, Fitting § 23 IV 1 b, die das Erfordernis der Genehmigung auf Prozesse über die Aktivmasse beschränken. Die Aufnahme eines anhängigen Prozesses (§§ 10, 11 K.O., § 13 Abs. 2 Anf.Ges.) bedarf der Genehmigung des Ausschusses nicht.

[5] Vgl. §§ 10, 11 K.O.; § 13 Abs. 2 Anf.Ges.

[6] Vgl. § 779 B.G.B. Zwischen einem aufsergerichtlichen und einem gerichtlichen Vergleiche besteht hier kein Unterschied.

[7] Vgl. § 1025 C.Pr.O.

[8] Gemeint ist nicht blofs das gerichtliche Anerkenntnis (§ 306 C.Pr.O.), sondern auch das aufsergerichtliche, und zwar nicht blofs ein formelles Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 B.G.B., sondern auch jedes formlose Anerkenntnis der im Text bezeichneten Ansprüche, namentlich auch das Anerkenntnis, welches in der Befriedigung des Anspruchs gelegen ist.

[9] Unter „Pfandstück" ist hier nicht blofs eine bewegliche Sache oder ein Recht, sondern jeder Gegenstand zu verstehen, an dem ein Absonderungsrecht besteht. Vgl. Mot. S. 354. Der Sprachgebrauch des B.G.B., nach dem unter Pfand nur bewegliche Sachen und Rechte zu verstehen sind, ist für die Auslegung der aus der K.O. v. 1877 unverändert herübergenommenen Vorschrift nicht mafsgebend. — Über Ablösung von Absonderungsrechten s. oben S. 102 Abs. 7.

[10] Unter Veräufserung ist hier nicht die Beitreibung der Forderung, sondern nur die von der gewöhnlichen Art der Verwertung abweichende Ver-

wenn es sich in diesen Fällen um einen Wertgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt[11] (§ 133 Nr. 2);

c) die Veräufserung[12] eines unbeweglichen Gegenstandes[13] aus freier Hand[14] (§ 134 Nr. 1);

d) die Veräufserung des Geschäfts oder des Warenlagers des Gemeinschuldners im Ganzen (§ 134 Nr. 1)[15];

e) die Veräufserung des Rechts auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte[16] (§ 134 Nr. 1);

---

wertung durch Verkauf oder Tausch oder Hingabe an Zahlungsstatt und wohl auch durch Aufrechnung gegen die Forderung eines Konkursgläubigers zu verstehen. Nicht die Wechselbegebung zum Zwecke der Einziehung, nicht die Abtretung einer Forderung, zu der der Gemeinschuldner verpflichtet ist. Vgl. Mot. S. 354 f. — Gleich der Veräufserung einer Forderung ist die Veräufserung eines Anspruchs zu behandeln, der keine Forderung ist.

[11] Für die Schätzung sind die §§ 3 bis 9 C.Pr.O. beachtlich. Die Schätzung steht dem Verwalter zu. Wird der Verwalter, weil er es unterliefs, die Genehmigung einzuholen, auf Schadensersatz belangt, so hat das Gericht allerdings die Richtigkeit seiner Schätzung zu prüfen, aber nur von dem Gesichtspunkte aus, ob den Verwalter ein Verschulden bei der Abschätzung trifft.

[12] Unter Veräufserung ist hier nicht blofs das eigentliche Veräufserungsgeschäft (z. B. die Auflassung), sondern auch der Vertrag zu verstehen, durch den sich der Verwalter zur Veräufserung verpflichtet, da dieser Vertrag für die Gläubigerschaft dieselbe wirtschaftliche Tragweite hat, wie die Veräufserung selbst.

[13] D. i. eines Gegenstandes, der in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu dem unbeweglichen Vermögen gehört; denn die Veräufserung durch den Konkursverwalter ist ihrem Wesen nach Zwangsvollstreckung. Welche Gegenstände dazu gehören, ergiebt sich aus den §§ 864, 865 C.Pr.O.

[14] Zweifelhaft ist, ob Veräufserung aus freier Hand den Gegensatz zur Veräufserung im Wege der Zwangsvollstreckung bedeutet (sodafs also auch eine öffentliche Versteigerung, die nicht nach den Regeln der Zwangsvollstreckung erfolgt, der Genehmigung bedürftig ist), oder ob es den Gegensatz zu jeder öffentlichen Versteigerung bedeutet (sodafs also eine Versteigerung der Genehmigung niemals bedürfte). Mit den Mot. S. 355 sprechen sich v. Wilmowski § 122 § 2 und v. Sarwey u. Bossert § 122 N. 3 für die erste, dagegen Petersen u. Kleinfeller §§ 121 bis 123 N. III, 1, Fitting § 23 N. 30 für die zweite Alternative aus. In § 1221 B.G.B. ist jetzt der Ausdruck „Verkauf aus freier Hand" in deutlichem Gegensatz zu Verkauf durch Versteigerung gebraucht. Aber das kann für die Auslegung des aus der alten K.O. übernommenen § 133 nicht wohl mafsgebend sein. Man wird sich bei Wortauslegungen nicht ohne zwingenden Grund von den Motiven entfernen dürfen.

[15] Darunter fällt auch die Veräufserung eines von mehreren Geschäften oder Warenlagern. Wegen des Begriffs der Veräufserung s. o. N. 12.

[16] Z. B. einer Leibrente.

f) die Aufnahme eines Darlehens (§ 134 Nr. 2);

g) die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit (§ 134 Nr. 2)[17];

h) die Verpfändung eines zur Masse gehörenden Gegenstandes (§ 134 Nr. 2)[18];

i) die Erstehung eines Grundstücks (§ 134 Nr. 2)[19].

Die Genehmigung des Gläubigerausschusses zu den bezeichneten Handlungen kann durch einen Beschluſs der Gläubigerversammlung ersetzt werden, da diese das dem Ausschusse vorgesetzte Organ der Gläubigerschaft ist.

Ist kein Gläubigerausschuſs bestellt, so hat der Verwalter zur Vornahme der unter litt. a und b bezeichneten Handlungen keine Genehmigung einzuholen, sondern kann sie selbständig vornehmen (§ 133).

Dagegen hat der Verwalter zur Vornahme der unter litt. c bis i bezeichneten Handlungen, wenn kein Gläubigerausschuſs bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen (§ 134). Zu diesem Zwecke hat er die Berufung der Gläubigerversammlung zu beantragen (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2).

Wegen der Tragweite der unter litt. a bis i bezeichneten Handlungen hat der Verwalter vor der Beschluſsfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung und in den Fällen der litt. a, b, wenn ein Gläubigerausschuſs nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung dem Gemeinschuldner von der beabsichtigten Maſsregel formlose Mitteilung zu machen, insofern der Gemeinschuldner ohne Aufschub zu erlangen ist (§ 135 Abs. 1).

Der Gemeinschuldner kann, so lange die betreffende Rechtshandlung noch nicht von der Gläubigerversammlung genehmigt ist, bei dem Konkursgerichte beantragen, daſs dieses die Vornahme

---

[17] Vgl. die §§ 414 bis 417 B.G.B. Unter § 134 Nr. 2 K.O. fällt sowohl die privative wie die kumulative Schuldübernahme, sowohl die Schuldübernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger (§ 414 B.G.B.), als die Schuldübernahme durch Vereinbarung mit dem Schuldner (§§ 415, 416 B.G.B.). Ebenso auch die Erfüllungsübernahme (§ 329 B.G.B.).

[18] Unter Verpfändung ist hier nicht bloſs die Verpfändung einer beweglichen Sache oder eines Rechts (Verpfändung im Sinne des B.G.B.), sondern auch die Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld und einer Rentenschuld zu verstehen.

[19] Erstehung eines Grundstücks ist der Vertrag, durch den der Verwalter für ein Grundstück eine Gegenleistung aus der Masse giebt oder verspricht.

der Handlung einstweilen untersage und zur Beschlufsfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufe (§ 135 Abs. 2). Das Gericht hat nach freiem Ermessen über den Antrag zu entscheiden. Es kann die Vornahme jeder der ad litt. a bis i angeführten Handlungen untersagen, obgleich der Gläubigerausschufs die Genehmigung dazu schon erteilt hat. Bei jeder Untersagung mufs das Gericht eine Gläubigerversammlung einberufen, auch wenn eine der in § 133 aufgeführten Rechtshandlungen in Frage steht. Die Gläubigerversammlung kann Ausschufsbeschlüsse umstofsen und Beschlüsse fassen, die der Ausschufs zu fassen hätte, wenn einer bestellt wäre.

Gegen den Beschlufs, der den Antrag des Gemeinschuldners zurückweist, steht diesem, gegen den Beschlufs, der dem Antrage stattgiebt, dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 3).

Die Vorschriften über die von dem Verwalter zu gewissen Verwaltungs- und Verwertungshandlungen (§§ 133, 134) zu erholende Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, sowie die Vorschriften über die vor der Vornahme solcher Handlungen dem Gemeinschuldner zu machenden Mitteilungen (§ 135 Abs. 1) und über die vorläufige Untersuchung der Vornahme solcher Handlungen durch Gerichtsbeschlufs (§ 135 Abs. 2) sind bedeutsam für das Verhältnis zwischen dem Verwalter einerseits und der Gläubigerschaft, den konkurrierenden Gläubigern und dem Gemeinschuldner anderseits, aber nicht für die Wirksamkeit einer Rechtshandlung des Verwalters gegenüber einem Dritten (§ 136). Nimmt der Verwalter eine Rechtshandlung, zu der er die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung einholen sollte, ohne Einholung der Genehmigung oder trotz Verweigerung der Genehmigung vor oder nimmt er eine Rechtshandlung vor, ohne vorher dem Gemeinschuldner die vom Gesetze gebotene Mitteilung gemacht zu haben, oder obwohl sie auf Antrag des Gemeinschuldners vom Gericht inhibiert worden ist, so verletzt er seine Pflichten gegenüber der Gläubigerschaft, den konkurrierenden Gläubigern und dem Gemeinschuldner und kann daher persönlich von diesen auf Schadensersatz belangt werden, wenn ein Schaden entstanden ist; auch kann der Verwalter wegen ordnungswidriger Geschäftsführung mit einer Ordnungsstrafe belegt oder seines Amtes entlassen werden (arg. §§ 82 bis 84). Aber dritten Personen gegenüber sind die Handlungen des Verwalters ebenso wirksam, wie wenn er die Ge-

nehmigung eingeholt, dem Gemeinschuldner die gebotene Mitteilung gemacht und keinem gerichtlichen Beschlusse zuwider gehandelt hätte[20].

Daher braucht der Verwalter einem Dritten gegenüber die Erteilung der Genehmigung nicht nachzuweisen. Macht der Verwalter einen Prozefs anhängig, so hängt seine Legitimation zur Prozefsführung trotz den §§ 51, 56 C.Pr.O. nicht davon ab, dafs er die nach § 133 Nr. 2 K.O. dazu erforderliche Genehmigung des Gläubigerausschusses nachweist. Weder der Gegner noch das Prozefsgericht kann seine Legitimation wegen Mangels der erforderlichen Genehmigung beanstanden[21].

Es kommt nicht darauf an, ob der Dritte den Mangel der Genehmigung kannte oder nicht. Auch wenn er den Mangel kannte, ist die Rechtshandlung des Verwalters und folglich auch die damit in Verbindung stehende Handlung des Dritten (z. B. dessen zur Eingehung des Vertrags erforderliche Willenserklärung) wirksam.

Wenn die Rechtshandlung die Beifügung einer Bedingung verträgt, kann sie der Verwalter unter der aufschiebenden Bedingung vornehmen, dafs der Gläubigerausschufs oder die Gläubigerversammlung die erforderliche Genehmigung erteilt; eine solche Rechtshandlung ist wirksam oder unwirksam, je nachdem die Bedingung erfüllt wird oder ausfällt. Wird eine Rechtshandlung, die keine Bedingung verträgt[22], vom Verwalter unter der Bedingung der nachträglichen Erteilung der Genehmigung vorgenommen, so ist sie unwirksam und erlangt auch durch die nachträgliche Genehmigung keine Wirksamkeit.

Hat der Gläubigerausschufs oder die Gläubigerversammlung eine ohne Einholung der erforderlichen Genehmigung vorgenommene Handlung des Verwalters nachträglich genehmigt, so entfällt jede Schadensersatzpflicht des Verwalters nicht nur gegenüber der Gläubigerschaft und den konkurrierenden Gläubigern, sondern auch gegenüber dem Gemeinschuldner; auch kann nicht mehr von der Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen den Verwalter die Rede sein.

---

[20] Vgl. hierzu die Mot. S. 356, die Komm.Prot. S. 90, 170 f.

[21] Vgl. R.G.Entsch. XX Nr. 22 S. 110.

[22] So z. B. die Erklärung, dafs eine zur Masse gehörende, 300 Mk. übersteigende Forderung gegen die Forderung eines Konkursgläubigers aufgerechnet werde, arg. § 388 Satz 2 B.G.B., oder die Auflassung eines zur Masse gehörenden Grundstücks, arg. § 925 Abs. 2 B.G.B.

Der Gläubigerausschufs kann dem Verwalter die nach § 133 oder § 134 einzuholende Genehmigung allgemein erteilen, sodafs der Verwalter zu den einzelnen Geschäften keine Genehmigung einzuholen braucht[28]. Ob ein solcher Beschlufs des Gläubigerausschusses der von den Mitgliedern zu prästierenden Sorgfalt entspricht, ist eine Frage für sich. Jedenfalls ist der Verwalter, der auf einen solchen Beschlufs des Gläubigerausschusses hin ohne Einholung einer speciellen Genehmigung handelt, nicht mehr für die Unterlassung verantwortlich.

Auch die Gläubigerversammlung kann beschliefsen, dafs sie dem Verwalter zu den im § 134 bezeichneten Handlungen die erforderliche Genehmigung allgemein erteile. Als das dem Gläubigerausschufs übergeordnete Organ der Gläubigerschaft kann die Gläubigerversammlung dem Verwalter auch, wenn ein Gläubigerausschufs vorhanden ist und ihm daher die Genehmigung der in §§ 133, 134 bezeichneten Handlungen zufällt, allgemeine Genehmigung erteilen.

Der Beschlufs der Gläubigerversammlung über Erteilung der Genehmigung unterliegt dem Veto des Gerichts (§ 99); denn ein solcher Beschlufs ist durch den Verwalter auszuführen. Der Beschlufs der Versammlung, der die Genehmigung ablehnt, fällt nicht unter das gerichtliche Veto, weil daran nichts auszuführen ist.

2. Über einige Angelegenheiten kann definitiv nur die Gläubigerversammlung beschliefsen. Diese Angelegenheiten können blofs provisorisch, d. i. bis zur Beschlufsfassung durch die Gläubigerversammlung, von dem Verwalter und dem Gläubigerausschusse geordnet werden.

Das sind folgende Angelegenheiten:

a) Die Bewilligung einer Unterstützung des Gemeinschuldners und seiner Familie (§ 132).

Der Gemeinschuldner und seine Familie können nicht beanspruchen, dafs ihnen eine solche Unterstützung bewilligt werde. Sie haben auch kein Mittel, um einen Beschlufs der Versammlung, dafs nichts bewilligt werden soll, anzufechten. Aber solange die Bewilligung erfolgt und nicht zurückgenommen, auch die Ausführung des Beschlusses nicht gemäfs § 99 untersagt worden ist, steht dem Gemeinschuldner das Recht zu, die Auszahlung der

---

[28] Vgl. die Mot. S. 356, v. Wilmowski § 121 N. 1, v. Völderndorff § 121 N. c.

Unterstützung von dem Verwalter zu verlangen und nötigenfalls im Prozefswege zu erzwingen[24].

Die Unterstützung des Gemeinschuldners kann so bemessen werden, dafs sie auch seiner Familie zu gut kommt. Die Bewilligung kann direkt an die Familie erfolgen, wenn der Gemeinschuldner abwesend ist. Ob im Nachlafskonkurs[25] an die Familie des Erblassers eine Unterstützung bewilligt werden kann, ist nicht zweifellos, weil in einem solchen Konkurse nicht der Erblasser, sondern der Erbe als Gemeinschuldner in Betracht kommt[26]; aber, wenn die Versammlung eine solche Bewilligung beschliefst, so dürfte der Beschluſs von dem Konkursgerichte nicht als ein aufserhalb der Zuständigkeit der Versammlung gelegener zu beanstanden, sondern höchstens auf Antrag nach § 99 zu inhibieren sein[27].

Die Gläubigerversammlung beschliefst über die Höhe der Unterstützung und über die Zahlungsmodalitäten.

Das Gericht kann die Ausführung des Beschlusses, der eine Unterstützung bewilligt, auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag des Konkursverwalters oder eines überstimmten Gläubigers untersagen, wenn es der Ansicht ist, dafs der Beschluſs dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht (arg. § 99). Zur Herabsetzung oder Erhöhung der von der Gläubigerversammlung bewilligten Unterstützung ist das Gericht unter keinen Umständen befugt.

In der Regel wird die erste Gläubigerversammlung über die Frage, ob eine Unterstützung zu bewilligen sei, Beschluſs fassen. Es kann aber vorkommen, dafs dies nicht geschieht; dann fällt die Beschlufsfassung der späteren Versammlung zu.

Jede spätere Gläubigerversammlung kann darüber, ob eine Unterstützung zu bewilligen sei, anders als die frühere beschliefsen; sie kann insbesondere die beschlossene Bewilligung mit rückwirkender Kraft zurücknehmen, soweit die Unterstützung noch nicht ausbezahlt ist.

Die Gläubigerversammlung kann beschliefsen, die definitive

---

[24] Vgl. o. S. 244 Abs. 1.

[25] Ist der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkurses gestorben, so geht der Konkurs in einen Nachlafskonkurs über; vgl. o. S. 69 Abs. 2, S. 246 N. 19.

[26] Vgl. o. S. 74 Ziff. 6 Abs. 3.

[27] In den Mot. S. 350 ist die Bewilligung einer Unterstützung an die Familie des verstorbenen Gemeinschuldners als zulässig erwähnt.

Entscheidung der Unterstützungsfrage dem Gläubigerausschusse oder dem Verwalter zu übertragen[28].

Solange ein Beschluſs einer Gläubigerversammlung über die Unterstützung nicht erfolgt ist, kann der Verwalter dem Gemeinschuldner und der Familie desselben notdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren.

Notdürftiger Unterhalt (vgl. § 1611 B.G.B.) ist derjenige Unterhalt, welcher znr Bestreitung der notwendigsten Lebensbedürfnisse eben noch ausreicht, etwa so, wie ihn die öffentliche Armenpflege gewährt[29]. Zum notdürftigen Unterhalte gehört eine Wohnung; es kann dem Gemeinschuldner insbesondere gestattet werden, in Räumen, die zur Konkursmasse gehören, zu verbleiben[30]. Bei der Frage, ob und in welcher Höhe dem Gemeinschuldner Unterhalt zu gewähren sei, kommt natürlich auch seine Erwerbsfähigkeit in Betracht.

Was oben S. 318 über die Unterstützung der Familie gesagt wurde, findet hier entsprechende Anwendung.

Der Konkursverwalter kann zur Gewährung des notdürftigen Unterhalts weder von dem Gerichte noch von dem Gläubigerausschusse angehalten werden. Der Gemeinschuldner kann daher weder bei dem Gerichte noch bei dem Ausschuſs beantragen, daſs ihm eine Unterstützung bewilligt werde.

Beabsichtigt der Verwalter dem Gemeinschuldner und seiner Familie eine Unterstützung zu gewähren, so hat er die Genehmigung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses[31] einzuholen (§ 129

---

[28] Vgl. die Mot. S. 352, die übrigens nur die Möglichkeit der Übertragung an den Gläubigerausschuſs erwähnen.

[29] Vgl. die Mot. z. I. Entw. e. B.G.B. Bd. IV S. 698.

[30] Nach § 149 Zw.V.G. sind bei der Zwangsvollstreckung durch Zwangsverwaltung dem Schuldner, der zur Zeit der Beschlagnahme auf dem Grundstücke wohnt, die für seinen Haushalt unentbehrlichen Räume zu belassen, solange der Schuldner und die Mitglieder seines Hausstandes das Grundstück oder die Verwaltung nicht gefährden. Diese Vorschrift dürfte im Konkursverfahren entsprechend anzuwenden sein, da die zur Konkursmasse gehörenden Grundstücke durch die Konkurseröffnung in die Verwaltung des Verwalters fallen.

[31] § 129 Abs. 2 spricht nur von einem von dem Gerichte bestellten Gläubigerausschusse. Dabei hat man nur an den gewöhnlichen Verlauf der Dinge gedacht, wonach die erste Gläubigerversammlung, die über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschliefsen hat (vgl. § 87), auch über die Unterstützungsfrage beschliefst. Bestellt aber die erste Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuſs, ohne über die Unterstützungsfrage zu beschliefsen,

Abs. 2). Dabei müssen der Betrag und die Modalitäten der Verabreichung angegeben werden. Gegen den Beschluſs des Gerichts, der die Genehmigung versagt, dürfte dem Verwalter als dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zustehen, nicht dem Gemeinschuldner, weil er kein Antragsrecht hat. Gegen den Beschluſs des Gerichts, das die Genehmigung erteilt, findet keine Beschwerde statt[82]. Gegen den Beschluſs des Gläubigerausschusses giebt es kein Rechtsmittel, mag er auf Genehmigung oder auf Versagung lauten.

Hat das Gericht oder der Gläubigerausschuſs auf Antrag des Verwalters genehmigt, daſs dem Gemeinschuldner und seiner Familie Unterhalt gewährt werde, so kann der Verwalter die Gewährung nicht aus eigener Macht, sondern nur mit Genehmigung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses rückgängig machen.

Gewährt der Verwalter dem Gemeinschuldner oder seiner Familie Unterhalt, ohne die Genehmigung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses eingeholt zu haben, so thut er das auf seine Verantwortlichkeit. Wird seine Handlung nicht nachträglich genehmigt, so kann er die betreffenden Ausgaben der Konkursmasse nicht verrechnen.

Die von dem Verwalter ausgehende Bewilligung tritt auſser Kraft, wenn die Gläubigerversammlung über die Unterstützungsfrage einen Beschluſs faſst.

b) Die Schlieſsung oder Fortführung des von dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung betriebenen Geschäfts (§ 132 Abs. 1). Unter „Geschäft“ ist hier jede zu gewerblicher oder kaufmännischer Thätigkeit dienende Einrichtung zu verstehen. Es können mehrere selbständige Geschäfte vorhanden sein.

In der Regel wird die erste Gläubigerversammlung darüber, ob das Geschäft zu schlieſsen oder auf Rechnung der Gläubigerschaft fortzuführen sei, Beschluſs fassen. Es ist aber möglich, daſs

---

so kann der Verwalter mit Genehmigung des von der Gläubigerversammlung bestellten Ausschusses dem Gemeinschuldner den notdürftigen Unterhalt gewähren. Die Genehmigung des Gerichts ist in diesem Falle weder neben der Genehmigung des Ausschusses erforderlich, noch ohne die Genehmigung des Ausschusses genügend. A. M.: v. Wilmowski § 118 N. 1 litt. b, der der Ansicht ist, daſs in diesem Falle die Genehmigung des Gerichts, nicht die des Ausschusses, erforderlich sei.

[82] Die einzelnen konkurrierenden Gläubiger haben hier kein Beschwerderecht, weil der Antrag von dem Organe der Gläubigerschaft ausgeht.

der Beschluſs erst auf einer späteren Versammlung erfolgt. Hat eine Gläubigerversammlung beschlossen, daſs das Geschäft zunächst fortzuführen sei, so kann eine spätere Versammlung beschlieſsen, daſs es zu schlieſsen sei. Eine spätere Versammlung kann die Wiedereröffnung des geschlossenen Geschäfts und dessen Fortführung beschlieſsen. Die Ausführung eines Beschlusses, den die Gläubigerversammlung über die Schlieſsung oder die Fortführung des Geschäfts gefaſst hat, kann auf Antrag des Konkursverwalters oder eines überstimmten Gläubigers vom Konkursgerichte nach Maſsgabe des § 99 untersagt werden.

Die Gläubigerversammlung kann auch beschlieſsen, daſs dem Gläubigerausschuſs oder dem Konkursverwalter die Entscheidung über die Schlieſsung oder Fortführung des Geschäfts überlassen werde[83].

Solange die Gläubigerversammlung über die Schlieſsung oder Fortführung des Geschäfts nicht beschlossen hat, ist der Konkursverwalter und, wenn ein Gläubigerausschuſs bestellt ist[84], dieser befugt, nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners oder eines von mehreren Geschäften zu schlieſsen oder fortzuführen (§ 129 Abs. 2).

Führt der Verwalter das Geschäft fort, obwohl der Gläubigerausschuſs oder die Gläubigerversammlung die Schlieſsung beschlossen haben, so handelt er pflichtwidrig und ist sowohl der Gläubigerschaft als den einzelnen Gläubigern und dem Gemeinschuldner für den Schaden haftbar, der durch die Fortführung des Geschäfts entsteht; aber die einzelnen in Fortführung des Geschäfts vorgenommenen Rechtshandlungen des Verwalters, z. B. eine Warenbestellung, ein Engagement neuer Arbeitskräfte, die Miete eines neuen Geschäftsraums u. s. w., sind trotz dem Beschlusse der Gläubigerversammlung dritten Personen gegenüber wirksam; denn die einzelnen Rechtshandlungen, die der Verwalter in Fortführung des Geschäfts vornimmt, liegen im Bereiche der ihm zugewiesenen Geschäfte, wenn auch die Entscheidung über die Schlieſsung oder Fortführung des Geschäfts ihm entzogen ist.

Ebenso verhält es sich mit Rechtshandlungen, die der Verwalter, entgegen einem auf Fortführung des Geschäfts lautenden

---

[83] Vgl. die Mot. S. 352, wo aber nur die Überlassung der Entscheidung an den Gläubigerausschuſs erwähnt ist.

[84] Vgl. hierzu S. 319 N. 31. Die Situation ist hier die gleiche, wie in dem dort behandelten Falle.

Beschlusse des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, zum Zwecke der Schliefsung des Geschäfts vornimmt. Die einzelnen Handlungen, z. B. die Kündigung von Miet- und Dienstverträgen, sind gegenüber Dritten wirksam.

Natürlich kann der Verwalter, der einem Beschlusse des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung zuwider handelt, von dem Konkursgericht als der Aufsichtsbehörde mit Ordnungsstrafe belegt und entlassen werden (§§ 82 bis 84).

c) Die Modalitäten der Hinterlegung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten[85] und die Anlegung von Baargeld.

Die Gläubigerversammlung hat darüber zu beschliefsen, bei welcher Stelle und unter welchen Bedingungen der Verwalter das eingehende Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten zu hinterlegen oder nutzbringend zur Verzinsung anzulegen hat (§ 132 Abs. 1). Die Hinterlegung braucht nicht bei der gerichtlichen Hinterlegungsstelle zu geschehen; es kann die Hinterlegung bei einer Bankanstalt oder bei einem Bankier, überhaupt bei jedermann, angeordnet werden[86]. Auch in der Wahl der Anlagestelle und der Art der Anlage hat die Versammlung völlige Freiheit des Entschlusses[87].

Solange die Gläubigerversammlung über die Hinterlegung und über die Anlegung noch keinen Beschlufs gefafst hat, hat der Gläubigerausschufs über die Hinterlegung der bezeichneten Gegenstände zu bestimmen (§ 129 Abs. 2 Satz 2). Ist kein Gläubigerausschufs vorhanden[88], so hat das Gericht über die Hinterlegung die notwendigen Anordnungen zu treffen, also die Hinterlegungsstelle und die Bedingungen zu bestimmen (§ 129 Abs. 2 Satz 1). Über Anlegung von Bargeld kann weder der Gläubigerausschufs noch das Gericht Anordnungen treffen. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, dafs die Hinterlegung bei einer Stelle angeordnet wird, die sog. Depositalzinsen bezahlt.

Die Gläubigerversammlung kann auch beschliefsen, dafs dem Gläubigerausschufs oder dem Verwalter die Wahl der Hinterlegungsstelle und der Anlegung überlassen werden soll.

Hinterlegungs- und Anlagegeschäfte, die der Konkursverwalter entgegen den Beschlüssen der Gläubigerversammlung, des Gläubigerausschusses oder entgegen einer gerichtlichen Anordnung vor-

---

[85] Über diesen Begriff s. R.G.Entsch. XIII S. 26.

[86] Vgl. die Mot. S. 352 f., Komm.Prot. S. 88.

[87] Sie kann z. B. die Anlegung in Staatspapieren beschliefsen.

[88] Vgl. hierzu S. 319 N. 31 und S. 321 N. 34.

nimmt, sind gleichwohl wirksam. Was oben S. 315 Abs. 3 über die Verpflichtung des Konkursverwalters zum Ersatze des durch sein pflichtwidriges Handeln entstandenen Schadens gesagt worden ist, findet hier entsprechende Anwendung.

3. Zur Entnahme von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle bedarf der Konkursverwalter der Mitwirkung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher Ausschufs bestellt ist. Dies gilt sowohl, wenn Gelder etc. direkt durch den Verwalter, als wenn sie indirekt, nämlich von einem Dritten, erhoben werden, der von dem Verwalter eine Anweisung auf die Hinterlegungsstelle erhalten hat.

Nach dem Gesetzestexte bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle, und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses (§ 137). Offenbar ist dabei vorausgesetzt, dafs die Hinterlegungsstelle ohne Quittung oder schriftliche Anweisung nichts herausgiebt, was ja auch den thatsächlichen Verhältnissen entspricht. Daher darf der Gesetzestext nicht dahin verstanden werden, als ob der Verwalter nur zu Quittungen und Anweisungen der Mitwirkung eines Ausschufsmitgliedes bedürfe, dagegen befugt sei, ohne Mitwirkung eines Ausschufsmitgliedes Geld etc. von der Hinterlegungsstelle zu entnehmen, wenn eine Quittung oder schriftliche Anweisung nicht verlangt wird; vielmehr hängt die Wirksamkeit jeder Entnahme von der Mitwirkung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses ab. Für diese Mitwirkung ist eine ganz bestimmte Form vorgeschrieben, nämlich die Mitzeichnung der Quittung oder der Anweisung. Es genügt also nicht, wenn ein Mitglied des Gläubigerausschusses in anderer Weise, etwa durch eine an den Verwalter oder an die Hinterlegungsstelle adressierte Ermächtigung, sein Einverständnis mit der Entnahme erklärt, sondern die Wirksamkeit der Entnahme hängt der Gläubigerschaft gegenüber davon ab, dafs zum Zeichen des Einverständnisses die Unterschrift des Ausschufsmitgliedes auf die Quittung oder auf die Anweisung gesetzt wird, die der Verwalter ausgestellt hat. Hat ein Mitglied des Gläubigerausschusses dem Verwalter Blankette zur beliebigen Benutzung ausgehändigt, so kann der Verwalter durch Ausfüllung der Blankette die Urkunde herstellen, deren Existenz die Wirksamkeit seiner Entnahme von der Hinterlegungsstelle bedingt. Ob

die Aushändigung solcher Blankette nicht gegen die Verpflichtung verstöfst, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten (vgl. § 89 K.O. mit § 276 Abs. 1 B.G.B.), ist eine Frage für sich.

Besonderer Erörterung bedarf der Fall der Entnahme durch Anweisung. Darunter ist nicht blofs die Anweisung im Sinne des § 783 B.G.B. zu verstehen, sondern auch die Anweisung zu einer Zahlung, die in der Ausstellung eines auf die Hinterlegungsstelle gezogenen Wechsels liegt. Unwirksam ist nicht die ohne Mitunterschrift eines Ausschufsmitgliedes erfolgte Ausstellung und Begebung der Anweisung oder der Tratte an den Empfänger, sondern nur die auf die Anweisung etc. erfolgte Leistung gegenüber der Gläubigerschaft. Der Empfänger erwirbt aus der von dem Verwalter allein ausgestellten Anweisung oder aus solchem Wechsel alle Rechte gegen die Gläubigerschaft, die aus der Anweisung für den Anweisungsempfänger oder aus dem Wechsel für den Remittenten gegen den Aussteller entstehen. Hat die Hinterlegungsstelle die Anweisung angenommen (vgl. § 784 B.G.B.) oder die Tratte acceptiert (Art. 21 W.O.), so hat der Anweisungsempfänger oder Remittent gegen die Hinterlegungsstelle ein Recht auf die Leistung. Aber die Hinterlegungsstelle ist gegenüber der Gläubigerschaft weder zur Annahme noch zur Leistung ohne vorgängige Annahme der Anweisung oder des Wechsels berechtigt[89].

Der Gläubigerausschufs kann beschliefsen, dafs ein bestimmtes Ausschufsmitglied die Quittungen und Anweisungen des Verwalters mitzuunterzeichnen habe. Ist dieser Beschluſs der Hinterlegungsstelle mitgeteilt, so genügt die Unterschrift eines anderen Mitgliedes nicht. Ist aber derartiges nicht beschlossen oder der Beschluſs der Hinterlegungsstelle nicht mitgeteilt worden, so genügt die Unterschrift eines beliebigen Ausschufsmitgliedes.

Die Gläubigerversammlung kann beschliefsen, dafs der Verwalter der Mitwirkung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses zur Entnahme von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle nicht bedürfe, also Quittungen und Anweisungen allein ausstellen könne (§ 137). Der Beschluſs kann auch dahin gehen, dafs der Verwalter Quittungen und Anweisungen bis zu einem gewissen Betrage allein ausstellen könne, bei höheren

---

[89] Vgl. hiezu die Mot. S. 353 und die K.Pr. S. 88, wo ausdrücklich erwähnt wurde, dafs sich die Vorschrift des § 124 des Entwurfs (= § 137 der neuen K.O). nicht auf den Verkehr des Verwalters mit dem Publikum, sondern nur auf den Verkehr des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle bezieht.

Beträgen aber der Mitunterschrift eines Ausschufsmitgliedes bedürfe.

Der Beschluſs ist der Hinterlegungstelle von dem Verwalter durch Mitteilung eines Auszugs aus dem Protokolle, das über die Verhandlungen der Versammlung geführt wird, anzuzeigen.

Jeder Beschluſs, der die Mitwirkung des Gläubigerausschusses beseitigt oder beschränkt, unterliegt den Vorschriften des § 99.

Ist kein Gläubigerausschuſs bestellt, so ist der Verwalter allein zur Entnahme von Geldern etc. von den Hinterlegungsgeldern befugt.

Es ist Sache der Hinterlegungsstelle, sich zu erkundigen, ob ein Gläubigerausschuſs bestellt ist. Hat die Hinterlegungsstelle in einem Konkurse, wo ein Gläubigerausschuſs bestellt und der Verwalter nicht zur alleinigen Entnahme von der Gläubigerversammlung ermächtigt worden ist, Geld, Wertpapiere oder Kostbarkeiten dem Verwalter oder auf seine Anweisung einem Dritten ausgehändigt, ohne daſs ein Mitglied des Gläubigerausschusses die Quittung oder die Anweisung mitunterzeichnet hat, so wird die Hinterlegungsstelle durch die Leistung der Gläubigerschaft gegenüber nicht von ihrer Leistungspflicht entlastet, kann also von dieser auf nochmalige Leistung oder auf Schadensersatz belangt werden. Soweit sich der von dem Verwalter ohne die erforderliche Mitwirkung eines Ausschuſsmitgliedes entnommene Gegenstand in der Konkursmasse befindet oder zu Gunsten der Konkursmasse verwendet worden ist, sodaſs die Konkursmasse dadurch bereichert erscheint, kann die Hinterlegungsstelle dem Anspruche der Gläubigerschaft auf nochmalige Leistung mit einem Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung entgegentreten. Wird von der Hinterlegungsstelle Schadensersatz beantragt, so verringert die Bereicherung der Konkursmasse den zu ersetzenden Betrag.

Natürlich ist der Verwalter der Gläubigerschaft, den einzelnen Gläubigern und dem Gemeinschuldner für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daſs der Verwalter ohne die erforderliche Mitwirkung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses Gelder etc. von der Hinterlegungstelle entnommen hat.

4. Der ersten Gläubigerversammlung hat der Konkursverwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache, sowie über die bisher ergriffenen Maſsregeln zu berichten (§ 131).

Der Bericht ist mündlich zu erstatten[40]. Schriftliche Berichterstattung ist nicht statthaft, wohl aber der mündliche Vortrag im Anschlufs an ein von dem Verwalter entworfenes Schriftstück. Sowohl der Konkursrichter wie jeder zur Teilnahme an der Versammlung berechtigte Gläubiger kann Fragen zur Aufklärung und Ergänzung des Berichts stellen.

Der Bericht kann der Versammlung Anlafs geben, Direktiven für das weitere Verhalten des Konkursverwalters bei der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse oder in Bezug auf die Anfechtung von Rechtshandlungen zu beschliefsen[41].

Die Gläubigerversammlung hat insbesondere zu beschliefsen, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter der Gläubigerversammlung oder einem Gläubigerausschufs über die Verwaltung und Verwertung der Masse weiteren Bericht erstatten und Rechnung legen soll (§ 132 Abs. 2).

Kraft Gesetzes ist der Verwalter verpflichtet, bei Beendigung seines Amtes und im Schlufstermine der Gläubigerversammlung Schlufsrechnung zu legen (§§ 86, 162). Dafs der Verwalter die Schlufsrechnung abzulegen hat, braucht daher nicht erst von einer Gläubigerversammlung beschlossen zu werden. Dagegen ist ein Beschlufs der Gläubigerversammlung nötig, um den Verwalter zu einer Rechnungslegung vor der Schlufsrechnung zu verpflichten.

Die Gläubigerversammlung kann beschliefsen, dafs die Rechnung der Gläubigerversammlung oder dafs sie dem Gläubigerausschufs abzulegen sei.

§ 49.

V. Das Umlageverfahren im Genossenschaftskonkurse[1].

1. Unter der Herrschaft des Gesetzes des Norddeutschen Bundes, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, v. 4. Juli 1868 (B.G.Bl. S. 415), das auf

---

[40] Vgl. Mot. S. 351. Der Code de comm. art. 488, das franz. Faill.Ges. v. 1838 art. 482 und die preufs. K.O. v. 1855 § 163 verlangen schriftlichen Bericht.

[41] Vgl. oben S. 170 Abs. 2.

[1] Vgl. Joel, Das Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889, in den Ann. d. D. Reichs 1890, S. 418 ff.; L. Parisius und H. Crüger, Das R.G. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, v. 1. Mai 1889, Kommentar, 2. Aufl., 1895; Maurer, Das R.G. betr. die

Grund der Versailler Verträge in Baden, Südhessen und Württemberg am 1. Januar 1871 und auf Grund des R.G., betr. die Einf. des Ges. des Norddeutschen Bundes über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften etc., v. 23. Juni 1873, im Königreiche Bayern am 1. August 1873 als Reichsgesetz in Kraft getreten ist, fand innerhalb des Genossenschaftskonkurses ein Umlageverfahren nicht statt. Nachdem im Genossenschaftskonkurse der Schlufsverteilungsplan festgestellt war, hatte der Vorstand der Genossenschaft eine Berechnung (Verteilungsplan) anzufertigen, aus der sich ergab, wie viel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Konkurse der Genossenschaft erlittenen Ausfälle beizutragen hatte (§ 52 Abs. 1 Gen.Ges. v. 1868). Wurde die Zahlung der Beiträge verweigert oder verzögert, so hatte der Vorstand den Verteilungsplan dem Konkursgerichte mit dem Antrag einzureichen, den Verteilungsplan für vollstreckbar zu erklären (§ 52 Abs. 2 Gen.Ges. v. 1868). Das Konkursgericht entschied nach Anhörung der Genossenschafter über den Antrag (vgl. die §§ 53, 54 Gen.Ges. v. 1868). Der für vollstreckbar erklärte Plan wurde zur Einsicht der Genossenschafter offen gelegt und konnte von jedem Genossenschafter durch eine gegen die übrigen Genossenschafter zu richtende Klage angefochten werden (§§ 55, 56 Gen.Ges. v. 1868.) Der Vorstand war zur Erhebung der von den Genossenschaftern zu erhebenden Beiträge berechtigt und zur bestimmungsmäfsigen Verwendung derselben, d. i. zur Auszahlung an die Gläubiger, verpflichtet (§ 58 Gen.Ges. v. 1868). War die Zwangsvollstreckung gegen einzelne Genossenschafter fruchtlos, so hatte der Vorstand den dadurch entstandenen Ausfall in einem neuen Plan unter die übrigen Genossenschafter zu verteilen (§ 57 Gen.Ges. v. 1868). Auch während dieses Verfahrens war jeder Genossenschaftsgläubiger befugt, wegen des an seiner Forderung erlittenen Ausfalls alle Genossenschafter solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen in Anspruch zu nehmen (Recht des Einzelangriffs, vgl. §§ 13, 62 Gen.Ges. v. 1868).

Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, erläutert, 2. Aufl., besorgt von F. Birkenbihl, 1898; E. v. Liebig, Die Genossenschaft mit beschränkter Haftung und ihre Behandlung im Konkurse, 1892. Die auf den Genossenschaftskonkurs bezüglichen Paragraphen des Genossenschaftsgesetzes v. 1889 sind auch abgedruckt und erläutert in den neueren Auflagen der Kommentare zur K.O. von v. Wilmowski, Petersen u. Kleinfeller und v. Sarwey u. Bossert. — Vgl. a. Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts, 4. Aufl., § 125.

Dabei ist zu beachten, dafs das Gesetz v. 1868 nur Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung kannte.

Das R.G., betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, v. 1. Mai 1889 (R.G.Bl. S. 55) kennt drei Arten von Genossenschaften, nämlich Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht, Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschufspflicht und Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht. Es hat das Umlagenverfahren in das Konkursverfahren über das Vermögen der Genossenschaft verlegt und dem Konkursverwalter die Funktionen übertragen, die nach dem Gesetze v. 1868 im Umlageverfahren dem Vorstande der Genossenschaft zustanden. Es hat den Einzelangriff bei den Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschufspflicht ganz ausgeschlossen und sowohl bei den Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung wie bei denen mit beschränkter Haftung in erheblichem Mafse eingeschränkt.

Das R.G. v. 1. Mai 1889 wurde durch Art. 10 des Einf.Ges. z. H.G.B. v. 10. Mai 1897 in verschiedenen Punkten geändert. Die sich auf das Umlageverfahren im Genossenschaftkonkurse beziehenden Vorschriften sind von diesen Änderungen nicht betroffen.

Auf Grund der in Art. 13 des Einf.Ges. z. H.G.B. v. 10. Mai 1897 dem Reichskanzler erteilten Ermächtigung wurde das Genossenschaftsgesetz v. 1889 mit den Änderungen, die sich aus Art. 10 des cit. Einf.Ges. ergeben, unter fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen in dem R.G.Bl. v. 1898 Nr. 25 S. 810 bekannt gemacht[2].

2. Da das Umlageverfahren nach dem jetzt geltenden Gesetze einen Bestandteil des Konkursverfahrens über das Vermögen einer Genossenschaft bildet, ist es in der Darstellung des deutschen Konkursprozefsrechts zu behandeln.

Das Umlageverfahren gehört zu dem Verteilungsverfahren. Das ergiebt sich aus folgenden Erwägungen.

Die Genossenschaft als solche (einerlei, ob man sie als juristische Person oder als Gemeinschaft zur gesamten Hand betrachtet) ist berechtigt, Nachschüsse von den Genossenschaftern zu verlangen. Die Nachschufspflicht der einzelnen Genossen besteht der Genossenschaft gegenüber[3]. Die Ansprüche der Genossenschaft gegen die einzelnen Genossen auf Leistung der Nachschüsse ge-

---

[2] In dieser neuen Redaktion ist das Gesetz im Folgenden citiert.

[3] Vgl. Joel S. 428, Parisius S. 341 f.; abweichend: Maurer S. 460 f.

hören zu dem bei der Eröffnung des Genossenschaftskonkurses vorhandenen Vermögen der Genossenschaft. Diese Ansprüche werden, wie andere zu dem Vermögen des Gemeinschuldners gehörende Gegenstände, durch die Konkurseröffnung für die Konkursgläubiger mit Beschlag belegt. Aus der Beschlagnahme entsteht für die Konkursgläubiger ein Pfandrecht an den Ansprüchen der Genossenschaft gegen die Genossen auf Nachschufsleistung. Dieses Pfandrecht können sie aber nicht als einzelne, sondern nur in ihrer Gesamtheit als Gläubigerschaft verfolgen und verwerten. Die Gläubigerschaft übt das ihr zustehende Pfandrecht durch ihr Organ, den Konkursverwalter, aus. Folglich ist im Genossenschaftskonkurse der Konkursverwalter befugt, die Ansprüche der Genossenschaft gegen die einzelnen Genossen auf Leistung der Nachschüsse zu verwerten. Die Verwertung erfolgt hier wie bei anderen Forderungen, die zur Konkursmasse gehören, durch die Beitreibung der Forderungen gegen die Schuldner.

3. Der Umfang der Nachschufspflicht bemifst sich nach dem Betrage, der notwendig ist, um die Ausfälle zu decken, die die Gläubiger der Genossenschaft in dem Genossenschaftskonkurs erleiden (§ 105 Abs. 1 Gen.Ges.).

Zur Leistung der Nachschüsse verpflichtet sind bei allen Genossenschaften diejenigen Personen, welche zur Zeit der Eröffnung des Genossenschaftskonkurses Mitglieder der Genossenschaft waren (§ 105 Abs. 1 Gen.Ges.) und die früheren Genossen, welche innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung aus der Genossenschaft ausgeschieden sind (arg. §§ 75, 76 Abs. 4 Gen.Ges.)[4].

Besonderes gilt bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschufspflicht. Ist das Konkursverfahren über das Vermögen einer solchen Genossenschaft eröffnet und die Befriedigung oder Sicherstellung der im Genossenschaftskonkurs unbefriedigt gebliebenen Konkursgläubiger innerhalb dreier Monate nach dem Termin, in dem die Nachschufsberechnung für vollstreckbar erklärt ist, nicht erfolgt, so sind die zur Deckung der Ausfälle erforderlichen

[4] Die Haftung desjenigen Genossen, der durch Übertragung seines Geschäftsguthabens an einen Anderen aus der Genossenschaft ausgetreten ist, während der Erwerber an seiner Stelle Genosse wird, ist subsidiär. Der auf ihn entfallende Betrag wird zunächst von dem Erwerber seines Geschäftsguthabens geschuldet; nur soweit dieser Erwerber unvermögend ist (vgl. die folgende N. 5), haftet der ausgetretene Genosse für den primär von dem Erwerber geschuldeten Beitrag; vgl. § 76 Abs. 4 Gen.Ges.

Beiträge von den innerhalb der letzten achtzehn Monate vor der Eröffnung des Verfahrens ausgeschiedenen Genossen, welche nicht schon in Gemäfsheit des § 75 oder des § 76 Gen.Ges. der Nachschufspflicht unterliegen, zur Konkursmasse zu leisten (§ 128 Gen.Ges.). Die Nachschufspflicht dieser Genossen ist subsidiär im Verhältnisse zu der Nachschufspflicht der anderen.

Die Nachschüsse sind von den zu Nachschüssen Verpflichteten nach Köpfen zu leisten, wenn nicht das Statut ein anderes Beitragsverhältnis festsetzt (§ 105 Abs. 2 Gen.Ges.). Dies gilt auch, wenn bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftung ein Genosse mehrere Geschäftsanteile erworben hat.

Beiträge, zu deren Leistung einzelne Nachschufspflichtige unvermögend[5] sind, werden auf die übrigen verteilt, und zwar wieder nach Köpfen, vorbehaltlich anderer Bestimmung in den Statuten.

Zahlungen, die Genossen über die von ihnen geschuldeten Beträge hinaus leisten, sind ihnen, nachdem die Befriedigung der Gläubiger erfolgt ist, aus den Nachschüssen zu erstatten (§ 105 Abs. 4 Gen.Ges.). Dadurch wird dem Genossen, welcher mehr gezahlt hat, als er schuldet, ermöglicht, in dem Umlageverfahren selbst Befriedigung für seine Regrefsforderung zu verlangen. Der Regrefs gegen die einzelnen Genossen bleibt ihm unbenommen, wenn er im Umlageverfahren nicht befriedigt wird.

Gegen den Anspruch der Genossenschaft auf Nachschufsleistung kann der Genosse eine Forderung an die Genossenschaft nur aufrechnen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen er als Konkursgläubiger Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschüssen zu beanspruchen hat (§ 105 Abs. 5 Gen.Ges.). Wenn für die Aufrechnung die Vorschriften der §§ 53 bis 55 K.O. gälten, so würde ein Genosse seine vor der Konkurseröffnung entstandene Forderung an die Genossenschaft gegen deren Nachschufsforderung aufrechnen können[6]. Weil dadurch die Nachschufsberechnung des Konkursverwalters in unzweckmäfsiger Weise

---

[5] Das Unvermögen braucht nicht durch fruchtlose Zwangsvollstreckung festgestellt zu werden. Unvermögen liegt nicht blofs bei offenbarer Zahlungsunfähigkeit, sondern auch dann vor, wenn der Beitrag aus einem anderen Grunde, z. B. wegen unbekannten Aufenthalts oder wegen Aufenthalts im Auslande, nicht beizutreiben ist. Vgl. Parisius § 98 N. 7 und Maurer § 98 N. 7.

[6] Vgl. o. S. 230 Ziff. 1.

gestört werden könnte[7], schliefst das Gesetz die Aufrechnung einer Genossenforderung gegen die Gesellschaft insolange aus, als nicht feststeht, dafs der Genosse-Gläubiger als konkurrierender Konkursgläubiger Befriedigung aus den vom Verwalter berechneten Nachschüssen verlangen kann. Um zu der Aufrechnung zu gelangen, mufs also der Genosse-Gläubiger seine Forderung gegen die Genossenschaft vor allem im Konkurs anmelden (anders § 53 K.O.!); er mufs ferner die Aufnahme seiner Forderung in das Schlufsverzeichnis erwirkt haben (vgl. § 151 bis 157, 162 K.O.). Gegen den auf Grund einer Vorschufsberechnung (§§ 106, 113 Gen.Ges.) von dem Genossen zu zahlenden Nachschufs kann dieser seine Forderung an die Genossenschaft überhaupt nicht aufrechnen. Erst wenn die Nachschufsberechnung auf Grund des Schlufsverzeichnisses stattgefunden hat und sich aus dem Schlufsverzeichnisse ergiebt, dafs der Gläubiger-Genosse aus den berechneten Nachschüssen selbst Befriedigung verlangen kann, ist die Aufrechnung möglich. Dafs der Gläubiger-Genosse aus den Nachschüssen selbst Befriedigung verlangen darf, kann sich aus dem Schlufsverzeichnisse nur dann ergeben, wenn die Forderung des Gläubiger-Genossen festgestellt oder mit einem vollstreckbaren Titel, einem Endurteil oder einem Vollstreckungsbefehl ausgestattet und in diesem Falle nicht im Prozesse befangen ist. Denn, wenn die Forderung noch nicht festgestellt oder als titulierte Forderung noch im Prozesse befangen ist, hat der Genosse-Gläubiger höchstens Anspruch auf Zurückbehaltung seines Anteils, nicht aber auf Befriedigung (arg. § 168 Nr. 1 K.O.). Der Anspruch auf Zurückbehaltung genügt aber nicht zur Aufrechnung. Die Aufrechnung setzt ferner voraus, dafs gegen die Forderung des Gläubiger-Genossen von Seite des Vorstandes der Genossenschaft oder von Seite der Liquidatoren ein Widerspruch im Prüfungstermine nicht erhoben oder der Widerspruch durch nachträgliche Anerkennung oder rechtskräftiges Urteil beseitigt ist; denn solange dies nicht der Fall ist, hat der Gläubiger-Genosse wiederum keinen Anspruch auf Befriedigung aus den Nachschüssen, sondern nur einen Anspruch auf Zurückbehaltung seiner Anteile (§ 115 Abs. 2 Gen.Ges.)[8].

---

[7] Man denke insbesondere an den Fall, dafs der Genosse-Gläubiger seine Forderung gegen die Genossenschaft, die er im Konkurse nicht angemeldet hat, gegen eine Nachschufsforderung aufrechnen wollte.

[8] Vgl. hierzu die Begr. des II. Entw. e. Gen.Ges., Drucksachen des Reichst. 7. Leg.Per. IV. Sess. 1888/89 Nr. 98, S. 175; Parisius § 98 N. 10, 11.

Sind die besprochenen Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben, so steht der Aufrechnung der Umstand nicht entgegen, dafs der Genosse die Forderung erst nach der Konkurseröffnung von einem anderen Konkursgläubiger erworben hat[9].

4. Innerhalb des Umlageverfahrens sind zu unterscheiden die Vorschufsberechnung und die Nachschufsberechnung. Die Vorschufsberechnung erfolgt vor der Schlufsverteilung des Konkursverfahrens, die Nachschufsberechnung, wenn mit dem Vollzuge der Schlufsverteilung begonnen ist. Die Nachschufsberechnung ist Berichtigung und Ergänzung der Vorschufsberechnung.

Sowohl zu der Vorschufsberechnung wie zu der Nachschufsberechnung kann eine Zusatzberechnung nötig werden, wenn infolge des Unvermögens einzelner Genossen der zur Deckung erforderliche Gesamtbetrag nicht erreicht wird oder die Berechnung abgeändert werden mufs.

a) Vorschufsberechnung (§ 106 Gen.Ges.).

Nachdem der Konkursverwalter die von ihm angefertigte Bilanz auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts niedergelegt hat (§ 124 K.O.), hat er sofort zu berechnen, wie viel die Genossen zur Deckung des in der Bilanz berechneten Fehlbetrags vorschufsweise beizutragen haben (§ 106 Abs. 1 Gen.Ges.). Über die Anfertigung der Bilanz s. o. S. 285 litt. c. Es liegt im Interesse aller Beteiligten, dafs die Unterbilanz nicht zu niedrig angenommen wird, denn, je mehr die angenommene Unterbilanz von dem Ausfall bei der Schlufsverteilung überschritten wird, desto gröfser ist die Zeitversäumnis sowie die Schwierigkeit, in dem späteren Nachschufsverfahren die fehlenden Beträge einzuziehen. Aus einer zu hoch angenommenen Unterbilanz erwächst für die Genossen

[9] Vgl. die in der vorigen Note cit. Begründung S. 175. A.M.: Joel S. 628 und Parisius § 98 N. 11 g. E. wegen § 55 Nr. 2 K.O. Aber dabei ist übersehen, dafs die ratio des § 55 Nr. 2 in dem angegebenen Falle nicht zutrifft. Durch § 55 Nr. 2 soll verhütet werden, dafs ein Gläubiger durch Aufrechnung der nach der Konkurseröffnung erworbenen Forderung die anderen Gläubiger schädige. Wenn die Voraussetzungen des § 105 Abs. 5 Gen.Ges. zutreffen, erleiden aber weder die anderen Gläubiger noch die andern Genossen einen Schaden dadurch, dafs ein Gläubiger-Genosse die nach der Konkurseröffnung erworbene Forderung eines anderen Konkursgläubigers aufrechnet. Denn es kann den anderen Gläubigern und Genossen absolut einerlei sein, ob der Genosse-Gläubiger seinen Beitrag einzahlt und wieder zurückerhält oder ob die Aufrechnung erfolgt. Dies gilt auch bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht.

höchstens ein kleiner Zinsverlust, da sie zurückerhalten, was zuviel eingezogen worden ist[10].

b) Zusatzberechnung zur Vorschufsberechnung (§ 113 Gen.Ges.). Eine solche Berechnung wird erforderlich, wenn infolge des Unvermögens einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen der zu deckende Gesamtbetrag nicht erreicht wird oder wenn die Berechnung abzuändern ist. Die Berechnung ist abzuändern, wenn die für vollstreckbar erklärte Vorschufsberechnung im Wege der Klage mit Erfolg angefochten worden ist oder wenn sich die Berechnung aus einem dabei unterlaufenen Fehler als unrichtig herausstellt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 Gen.Ges.). Eine zu niedrige Veranschlagung der Unterbilanz ist kein Grund, um eine Zusatzberechnung vorzunehmen, da sich die Korrektur bei der Nachschufsberechnung ergiebt[11].

Die Aufstellung einer Zusatzberechnung ist solange zu wiederholen, bis der nach der Bilanz zu deckende Fehlbetrag eingezogen oder die Leistungsfähigkeit aller Genossen erschöpft ist (§ 113 Abs. 2)[12].

c) Nachschufsberechnung (§ 114 Gen.Ges.).

Die Nachschufsberechnung ist vorzunehmen, wenn mit dem Vollzuge der Schlufsverteilung (§ 161 K.O.) begonnen worden ist. Die Nachschufsberechnung bildet eine Ergänzung und Berichtigung der Vorschufsberechnung und der dazu etwa ergangenen Zusatzberechnungen. Der Konkursverwalter hat auf der Grundlage des Schlufsverzeichnisses zu berechnen, welcher Betrag zur Befriedigung der im Schlufsverzeichnisse berücksichtigten Konkursgläubiger nach Abzug der bei der Schlufsverteilung auf sie entfallenden Beträge erforderlich ist (§ 113 Abs. 1 mit § 105 Gen.Ges.). Dabei sind auch die Kosten des Umlageverfahrens zu berücksichtigen.

d) Zusatzberechnung zur Nachschufsberechnung (§ 114 Abs. 2 mit § 113 Gen.Ges.). Auch nach der Nachschufsberechnung kann sich herausstellen, dafs infolge Unvermögens einzelner Genossen der umgelegte Betrag nicht erreicht wird, oder dafs eine Abänderung der Berechnung infolge des auf die Anfechtungsklage ergehenden Urteils oder aus anderen Gründen erforderlich ist. In einem solchem Falle hat der Konkursverwalter

---

[10] Vgl. die in Note 8 cit. Begründung S. 117.

[11] Vgl. die in Note 8 cit. Begründung S. 121.

[12] Vgl. Bericht d. Reichstagskommission v. 18. März 1889, Drucksachen des Reichstags 7. Leg.Per. IV. Sess. 1888/89 Nr. 132, Ziff. 49.

wieder eine Zusatzberechnung (eventuell mehrere Zusatzberechnungen) vorzunehmen, bis der umgelegte Betrag eingezogen oder die Leistungsfähigkeit der Genossen erschöpft ist.

Eine Unterart der Nachschufsberechnung ist die nur bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschufspflicht vorkommende Berechnung der Beiträge der innerhalb der letzten achtzehn Monate vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen Genossen (vgl. § 128 Gen.Ges.). Da diese Ausgeschiedenen nur subsidiär haften (s. o. S. 329 Ziff. 3 Abs. 3), so ist diese Berechnung erst vorzunehmen, wenn nach Ablauf von drei Monaten nach dem Termin, in welchem die Nachschufsberechnung für vollstreckbar erklärt ist, die Befriedigung oder Sicherstellung der Konkursgläubiger noch nicht bewirkt ist (§ 128 mit § 129 Gen.Ges.). Durch eine solche Nachschufsberechnung für die Ausgeschiedenen wird die Einziehung der Nachschüsse von den in der Genossenschaft verbliebenen oder nach § 75 oder § 76 Abs. 4 Gen.Ges. haftbar gebliebenen Genossen nicht berührt. Aus den Nachschüssen, welche von diesen noch eingehen, sind den Ausgeschiedenen die von diesen erstatteten Beträge zurückzugewähren, sobald alle Konkursgläubiger befriedigt sind (§ 130 Gen.Ges.).

5. In jeder Berechnung sind die sämtlichen Genossen, die zur Beitragsleistung herangezogen werden (d. s. also die Mitglieder der Genossenschaft zur Zeit der Konkurseröffnung oder ihre Rechtsnachfolger, ferner diejenigen ausgeschiedenen Genossen, welche noch nachschufspflichtig sind) nach Namen, Stand und Wohnort anzuführen; auf sie sind die erforderlichen Beiträge nach Mafsgabe ihrer Leistungspflicht (s. o. S. 330 Abs. 2) zu verteilen (§ 106 Abs. 2 Satz 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 2, 3 Gen.Ges.).

Bei der Vorschufsberechnung und bei einer Zusatzberechnung zu einer solchen sind auch die vermutlich unvermögenden Genossen aufzuführen. Aber die Höhe der Beiträge ist so zu bemessen, dafs durch ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen ein Ausfall an dem zu deckenden Gesamtbetrage nicht entsteht (§ 106 Abs. 2 Satz 2); die umzulegende Summe ist also mit Rücksicht auf ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen höher zu berechnen als die Unterbilanz.

In die Nachschufsberechnung und in eine Zusatzberechnung zu einer solchen sind die Genossen, deren Unvermögen zur Leistung

von Beiträgen sich herausgestellt hat, nicht mehr aufzunehmen, weil das vorhergehende Vorschufsverfahren eine bestimmte Grundlage für die Zahlungsfähigkeit der Genossen bietet. Der Gesamtbetrag ist bei dieser Berechnung nur entsprechend dem effektiven Fehlbetrag zu berechnen (§ 114 Abs. 2 Gen.Ges.).

Bei der Berechnung der Nachschufspflicht der ausgeschiedenen Genossen einer Gesellschaft mit unbeschränkter Nachschufspflicht sind diejenigen Ausgeschiedenen, deren Unvermögen vorauszusehen ist, nicht aufzunehmen (§ 129 Abs. 2 Gen.Ges.).

Bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht können die einzelnen Genossen nicht über ihre Haftsumme hinaus zu Nachschüssen in Anspruch genommen werden (§ 141 Satz 1 Gen.Ges.). Der umzulegende Betrag beschränkt sich, auch wenn der Fehlbetrag gröfser ist, auf die Summe aller Haftsummen.

6. Jede Berechnung ist von dem Konkursverwalter dem Konkursgerichte mit dem Antrag einzureichen, die Berechnung für vollstreckbar zu erklären (§ 106 Abs. 3 Satz 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3). Wird das Genossenschaftsregister nicht bei dem Konkursgerichte geführt[13], so ist dem ersten Antrage eine beglaubigte Abschrift des Statuts und der Liste der Genossen beizufügen (§ 106 Abs. 3 Satz 2 Gen.Ges.).

Das Konkursgericht bestimmt zur Erklärung über die Berechnung einen Termin, der nicht über zwei Wochen hinaus anberaumt werden darf (§ 107 Abs. 1 Satz 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.). Würde das Gericht den Termin weiter hinaus anberaumen, so stände allen Beteiligten die sofortige Beschwerde zu (§ 73 Abs. 3 K.O.). Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen; die in der Berechnung aufgeführten Genossen sind besonders zu laden (§ 107 Abs. 1 Satz 2, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.). Auf die öffentliche Bekanntmachung findet § 76 K.O. Anwendung. Daraus folgt insbesondere, dafs die öffentliche Bekanntmachung auch als Zustellung an die in der Berechnung aufgeführten Genossen gilt, obwohl ihre besondere Ladung vorgeschrieben ist (arg. § 76 Abs. 3 K.O.)[14]. Der einzelne

---

[13] Vgl. § 10 Gen.Ges. mit § 71 K.O.

[14] Zwar heifst es in § 76 Abs. 3: „auch wenn dieses Gesetz (d. i. die K.O.) . . . . eine besondere Zustellung vorschreibt". Aber man wird die Vorschrift auf § 107 Abs. 1 Satz 2 Gen.Ges. entsprechend anwenden dürfen, weil das Umlageverfahren ein Bestandteil des Konkursverfahrens ist. Vgl. Parisius § 100 N. 2 und R.G. 6. Mai 1896 in Beitr. z. E. d. D.R. XL S. 1159 ff.

Genosse kann also darauf, dafs ihm keine besondere Ladung zugestellt ist, keine Anfechtungsklage stützen. Die Genossenschaftsorgane, der Verwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses erhalten keine besondere Ladung[15].

In dem Termine sind der Vorstand oder die Liquidatoren und der Aufsichtsrat der Genossenschaft, dann der Konkursverwalter und der Gläubigerausschufs und die beteiligten Genossen zu hören (§ 108 Abs. 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.), Nicht die einzelnen Konkursgläubiger; da sie in ihrer Gesamtheit durch ihr Organ vertreten sind.

Von denjenigen Personen, welche zu hören sind, können Einwendungen gegen die Berechnung erhoben werden. Die Einwendungen können alle bei der Berechnung in Betracht zu ziehende Punkte betreffen, also z. B. die Mitgliedschaft eines Genossen, die Haftung eines ausgeschiedenen Genossen, die Weglassung eines Genossen, die Nichtberücksichtigung des vorauszusehenden Unvermögens eines Genossen bei der Vorschufsberechnung, die Aufnahme eines unvermögenden Genossen bei der Nachschufsberechnung, die Richtigkeit der Bilanz bei der Vorschufsberechnung, die Berechnung des Fehlbetrags, den Verteilungsmodus etc.

Über die Einwendungen findet nur eine summarische Verhandlung statt, weil die zu erlassende Entscheidung des Konkursgerichts nur einen provisorischen Charakter hat. Das Gericht kann von Amtswegen Ermittelungen anstellen (arg. § 75 K.O.); aber es kann auch über illiquide Einwendungen hinwegschreiten[16]. Kann die Verhandlung nicht in einem Termine durchgeführt werden, so ist ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen (§ 228 C.Pr.O.) und zu verkünden.

Das Konkursgericht entscheidet über die erhobenen Einwendungen durch Beschlufs, berichtigt, soweit erforderlich, die Berechnung oder ordnet deren Berichtigung durch den Konkursverwalter an und erklärt die Berechnung für vollstreckbar (§ 108 Abs. 2 Satz 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2 Gen.Ges.). Eine pure Zurückweisung des Antrags des Verwalters auf Vollstreckbarkeitserklärung der Berechnung ist nicht möglich.

Die Entscheidung ist in dem Termin, in dem die Verhandlung stattfand, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, zu

---

[15] Vgl. die in N. 8 cit. Begründung S. 118.

[16] Vgl. die in N. 8 cit. Begründung S. 118.

verkünden (§ 108 Abs. 2 Satz 2, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.). Eine Zustellung des Beschlusses findet nicht statt (arg. a contr. § 329 Abs. 3 C.Pr.O.). Die Berechnung ist mit der sie für vollstreckbar erklärenden Entscheidung zur Einsicht der Beteiligten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen (§ 108 Abs. 2 Satz 3, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

Gegen die Entscheidung findet kein Rechtsmittel statt (§ 108 Abs. 3, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.), weil sie durch die Anfechtungsklage angefochten werden kann.

Nachdem die Berechnung für vollstreckbar erklärt ist, hat der Konkursverwalter ohne Verzug (= unverzüglich, vgl. § 121 B.G.B.) die Beiträge von den Genossen einzuziehen (§ 109 Abs. 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

Die Zwangsvollstreckung gegen einen Genossen erfolgt nach den Vorschriften der Civilprozefsordnung. Vollstreckungstitel ist die vollstreckbare Ausfertigung der Entscheidung, die die Berechnung für vollstreckbar erklärt, in Verbindung mit einem Auszug aus der Berechnung (§ 109 Abs. 2, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.). Die vollstreckbare Ausfertigung samt dem Auszuge hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts zu erteilen (arg. § 724 Abs. 2 C.Pr.O.).

Ist auf der Seite des Schuldners eine Rechtsnachfolge eingetreten, so finden die Vorschriften der §§ 727 bis 731 C.Pr.O. Anwendung.

Für die in den Fällen der §§ 731, 767, 768 C.Pr.O. zu erhebenden Klagen ist das Amtsgericht, bei dem das Konkursverfahren anhängig ist, und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschliefslich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört (§ 109 Abs. 3, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

7. Jeder Genosse[17] ist befugt, die für vollstreckbar erklärte Berechnung im Wege der Klage anzufechten. Die Klage ist gegen den Konkursverwalter zu richten. Sie findet nur binnen der Notfrist eines Monats seit der Verkündung der Entscheidung und nur insoweit statt, als der Kläger den Anfechtungsgrund in dem

[17] Darunter ist hier wieder jede Person zu verstehen, die als jetziger oder als früherer Genosse in der Berechnung als Vorschufs- oder Nachschufsverpflichteter aufgeführt ist.

Termine (§ 107 Gen.Ges.) geltend gemacht hat oder ohne sein Verschulden geltend zu machen aufser stande war (§ 111 Abs. 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

Die Klage ist keine Feststellungsklage im Sinne des § 256 C.Pr.O., sondern fällt unter die Kategorie der Klagen auf Rechtsänderung (sog. konstitutive Klagen)[18].

Sie kann nur auf einen Grund gestützt werden, den der Kläger in dem Termine, der zur Erklärung über die Berechnung bestimmt war, als Einwendung gegen die Berechnung vorgebracht hat.

Nur, wenn der Grund nach dem Termin entstanden oder wenn er zur Zeit des Termins dem Genossen ohne sein Verschulden unbekannt war, kann er auch ohne vorherige Geltendmachung als Anfechtungsgrund benutzt werden.

Die Klage kann nur im ordentlichen Prozefs erhoben werden, da die Voraussetzungen der besonderen Prozefsarten nicht vorliegen.

Mehrere Genossen können als Streitgenossen klagen (arg. §§ 59, 60 C.Pr.O.). Jeder bei der Berechnung beteiligte Genosse kann dem Kläger oder dem beklagten Verwalter als Nebenintervenient beitreten, je nachdem der Sieg des einen oder des anderen seinen Interessen entspricht (arg § 66 C.Pr.O.). Die Intervention kann auch nach Ablauf der Notfrist des § 111 Abs. 1 Gen.Ges. erfolgen.

Für die Klage ist das Amtsgericht, welches die Berechnung für vollstreckbar erklärt hat, ausschliefslich zuständig, und zwar ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor Ablauf der für die Anfechtungsklage bestimmten Notfrist. Mehrere Anfechtungsklagen sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden (§ 112 Abs. 2, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.; vgl. § 147 C.Pr.O.). Durch die Verbindung werden die mehreren Kläger Streitgenossen. Ob die Streitgenossenschaft eine einfache Streitgenossenschaft oder eine notwendige im Sinne des § 62 C.Pr.O. ist, hängt von der Begründung der Anfechtungsklagen ab. Soweit in mehreren Anfechtungsklagen derselbe Anfechtungsgrund geltend gemacht wird, ist die Streitgenossenschaft eine notwendige im Sinne des cit. Gesetzes, aufserdem nicht.

Übersteigt der Streitgegenstand eines Prozesses die sonst für

---

[18] Über diese Kategorie von Klagen s. Wach, Handb. I S. 12; Oetker, Grundbegr. I S. 579 ff.; Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, S. 196 f.

die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte geltende Summe[19], so hat das Gericht, sofern eine Partei in einem solchen Prozesse vor der Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt[20], durch Beschluſs die sämtlichen Streitsachen an das Landgericht zu verweisen, in dessen Bezirk es seinen Sitz hat[21]. Gegen diesen Beschluſs findet die sofortige Beschwerde statt. Die Notfrist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses (§ 112 Abs., § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

Ist der Beschluſs rechtskräftig (d. i. nach Ablauf der Notfrist, arg. § 705 C.Pr.O.), so gelten die Streitsachen als bei dem Landgericht anhängig (§ 112 Abs. 3 Satz 1, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.). Von Amtswegen wird aber ein Verhandlungstermin nicht bestimmt. Jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden. Sind mehrere Prozesse verbunden worden, so hat ein Kläger, der den Prozeſs betreiben will, nicht bloſs den Verwalter, sondern auch die übrigen Kläger als seine Streitgenossen zu laden (arg. § 63 C.Pr.O.). Die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Kosten werden, wie im Falle des §. 506 C.Pr.O., als Teil der landgerichtlichen Kosten behandelt und gelten als Kosten der Instanz (§ 112 Abs. 3 Satz 2, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2 Gen.Ges.).

Wenn der Verweisungsbeschluſs rechtskräftig ist, so ist das Landgericht auch für eine neue, nachträglich erhobene Anfechtungsklage ausschlieſslich zuständig[22]. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn die neue Klage mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Notfrist (§ 111 Abs. 1 Gen.Ges.) verbunden ist (vgl. § 238 Abs. 1

---

[19] Zur Zeit 300 *M.*, vgl. § 23 Nr. 1 G.V.G. — Der Wert des Streitgegenstandes ist nach dem Interesse zu berechnen, das der Kläger an der Änderung der für vollstreckbar erklärten Berechnung hat.

[20] Den Antrag auf Verweisung kann nur stellen, wer in einem Prozesse Partei ist, dessen Streitgegenstand mehr als 300 *M.* beträgt. Der Antrag kann nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden, und zwar auch, wenn der Gegner nicht erschienen ist. Übrigens kann gegen den nicht erschienenen Gegner auch das Versäumnisurteil nach §§ 330, 331 C.Pr.O. beantragt werden, ohne daſs die Befugnis verloren geht, in der Verhandlung über den Einspruch die Verweisung vor das Landgericht zu verlangen; denn durch den zulässigen Einspruch wird der Prozeſs in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342 C.Pr.O.); vor Eintritt der Versäumnis konnte aber der Antrag auf Verweisung gestellt werden.

[21] Vgl. § 506 Abs. 1 C.Pr.O.

[22] Vgl. R.G.Entsch. XXXII Nr. 108 S. 395 ff.

Satz 1 C.Pr.O.). Der Restitutionsantrag und die Klage sind an das Landgericht zu richten; diesem, nicht dem Amtsgerichte, steht die Entscheidung zu. Wenn die neue Klage bei dem Amtsgericht erhoben wird, so hat dieses seine Unzuständigkeit durch Urteil auszusprechen. Auf Antrag des Klägers ist allerdings in dem Urteile der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen (arg. § 505 C.Pr.O.); aber bei einer solchen Verweisung tritt die Anhängigkeit des verwiesenen Rechtsstreits bei dem Landgericht erst mit der Rechtskraft des durch Berufung anfechtbaren Urteils ein (arg. § 505 Abs. 2 C.Pr.O.), und die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Kosten werden nicht als Teil der bei dem Landgericht erwachsenden Kosten behandelt.

Wird einer Anfechtungsklage stattgegeben, so hat das Gericht die Änderung der für vollstreckbar erklärten Berechnung auszusprechen. Die Änderung ergiebt stets den Anlafs zu einer Zusatzberechnung (§ 113, 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

Das Prozefsgericht kann auf Antrag schon vor der Entscheidung über die Anfechtungsklage die in § 769 Abs. 1 C.Pr.O. bezeichneten Anordnungen über die Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen den Anfechtungskläger und über die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmafsregeln erlassen. In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht eine solche Anordnung nach § 769 Abs. 2 C.Pr.O. erlassen. Das Prozefsgericht kann nach § 770 C.Pr.O. in dem Urteile, durch das über die Anfechtungsklage entschieden wird, solche Anordnungen erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen (§§ 112 Abs. 4, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 114 Abs. 2, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

8. Die bei der Vorschufsberechnung oder bei einer Zusatzberechnung zur Vorschufsberechnung eingezogenen Beträge sind von dem Konkursverwalter bei der von der Gläubigerversammlung bestimmten Stelle (§ 132 K.O.) zu hinterlegen oder anzulegen (§ 110, § 113 Abs. 1 Satz 2 Gen.Ges.)[28].

Über die Verteilung dieser und der auf Grund der Schlufsberechnung eingezogenen Beträge an die Konkursgläubiger s. unten § 51 Ziff. 8 (S. 373).

Die zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlichen Überschüsse hat der Konkursverwalter nach Verhältnis der Höhe der

[28] Vgl. oben S. 322.

geleisteten Nachschüsse an die Genossen zurückzuzahlen (§ 115 Abs. 3, § 129 Abs. 3 Gen.Ges.).

Die Genossen können ihre Ansprüche auf Zurückzahlung gegen den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft im Wege des Civilprozesses verfolgen. Trifft den Verwalter persönlich ein Verschulden, so können sie ihn auch persönlich auf Schadensersatz belangen (arg. § 82 K.O.).

Achtes Hauptstück.

Die Beendigung des Konkursverfahrens.

§ 50.

Allgemeines.

Die Beendigung des Konkursverfahrens geht parallel der Beendigung der Sonderzwangsvollstreckung (Specialexekution) für einen Geldgläubiger.

Wie die Sonderzwangsvollstreckung für einen Geldgläubiger regelmäfsig dadurch beendigt wird, dafs der bei der Zwangsvollstreckung durch Verwertung des gepfändeten oder beschlagnahmten Gegenstandes erzielte Geldbetrag dem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger zur vollständigen oder teilweisen Befriedigung seiner Forderung übereignet wird, so endigt die konkursmäfsige Gesamtzwangsvollstreckung (Generalexekution) regelmäfsig dadurch, dafs der aus der Verwaltung und Verwertung der für die Konkursgläubiger beschlagnahmten Konkursmasse erzielte Erlös unter die bei dem Konkursverfahren beteiligten Gläubiger nach Mafsgabe der Rangordnung und bei gleicher Rangordnung nach Verhältnis ihrer Forderungen verteilt wird. Die Verteilung des Erlöses ist das Ziel des Konkursverfahrens. Ist dieses Ziel erreicht, so ist das Konkursverfahren durchgeführt.

Hieraus ergiebt sich die Verteilung des Erlöses aus der Konkursmasse als derjenige Thatbestand, welcher das durchgeführte Konkursverfahren abschliefst.

Die Durchführung der konkursmäfsigen Gesamtzwangsvollstreckung kann aber, wie die Durchführung einer Sonderzwangsvollstreckung, aus verschiedenen Gründen unterbleiben.

Gleichwie die Durchführung der Sonderzwangsvollstreckung unterbleibt, wenn der sie betreibende Gläubiger auf die durch die Pfändung oder Beschlagnahme erworbenen Rechte an den gepfändeten oder beschlagnahmten Gegenständen verzichtet, so mufs die Durchführung der konkursmäfsigen Gesamtzwangsvollstreckung unterbleiben, wenn die Konkursgläubiger auf die ihnen durch die Konkurseröffnung erworbenen Rechte an der Konkursmasse Verzicht leisten.

Weil die Konkursgläubiger durch die Konkurseröffnung als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand konstituiert und organisiert worden sind[1], so dafs die durch die Konkurseröffnung den Konkursgläubigern erworbenen Rechte der Gemeinschaft (Gläubigerschaft) zustehen, kann der Verzicht auf die an der Konkursmasse erworbenen Rechte von der Gemeinschaft als solcher ausgehen. Wegen der Tragweite der Verzichtserklärung ist die Befugnis dazu nicht den dienenden Organen der Gemeinschaft (Konkursverwalter, Gläubigerausschufs) eingeräumt, sondern dem herrschenden Organe, das ist der Gläubigerversammlung, vorbehalten. Die Gläubigerversammlung hat aber nicht die Befugnis zu einem bedingungslosen Verzichte, sondern sie ist nur befugt, auf die durch die Konkurseröffnung den Konkursgläubigern erworbenen Rechte gegen eine den Konkursgläubigern zu leistende Abfindung zu verzichten, die ihrem Werte nach den aufzugebenden Rechten annähernd entspricht. Daraus folgt, dafs der Verzicht, den die Gläubigerversammlung beschliefst, der Bestätigung durch das Konkursgericht bedarf; vor der Bestätigung hat das Konkursgericht zu kognoszieren, ob die Voraussetzungen, unter denen ein Verzicht durch Beschluſs der Gläubigerschaft erfolgen darf, vorhanden sind.

Wird auf die durch die Konkurseröffnung erworbenen Rechte an der Konkursmasse verzichtet, so kann das Konkursverfahren nicht durchgeführt werden. Hiernach ergiebt sich als zweiter das Konkursverfahren beendigender Thatbestand der von der Gläubigerversammlung beschlossene und von dem Konkursgerichte bestätigte Verzicht der Gläubigerschaft auf die durch die Konkurseröffnung erworbenen Rechte gegen eine den Konkursgläubigern zu leistende

[1] Vgl. oben S. 155 ff.

Abfindung. Dieser Thatbestand heifst Zwangsvergleich (Accord, Konkordat).

Aufser den zwei angeführten das Konkursverfahren beendigenden Thatbeständen giebt es noch zwei andere Thatbestände, welche die Durchführung des Konkursverfahrens verhindern.

Der eine dieser Thatbestände ist ein mit Zustimmung der einzelnen Konkursgläubiger gestellter Antrag des Gemeinschuldners auf Einstellung des Verfahrens. In der Zustimmung des einzelnen Gläubigers zu dem Antrage des Gemeinschuldners auf Einstellung des Verfahrens liegt die Erklärung, dafs der einzelne unter der Bedingung, dafs die anderen Konkursgläubiger auch zustimmen, auf die durch die Konkurseröffnung erworbenen Rechte verzichtet. Wenn alle einzelnen Konkursgläubiger verzichten, so löst sich die Gläubigergemeinschaft auf, da diese Gemeinschaft nur in Ansehung der durch die Konkurseröffnung erworbenen Rechte und zu dem Zwecke der Realisierung dieser Rechte besteht. Der Verzicht des Einzelnen kann gegen eine Gegenleistung, aber auch ohne solche erfolgen. In dem einen wie in dem anderen Falle führt er zur Einstellung des Verfahrens.

Der letzte Thatbestand, der die Durchführung des Konkursverfahrens hindert, ist der sich nach der Konkurseröffnung herausstellende Mangel einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse. Ist keine solche Masse vorhanden, so ist die Erreichung des Konkurszwecks, das ist die Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse, thatsächlich nicht möglich. Das Verfahren kann also nicht durchgeführt, es mufs eingestellt werden.

Von den vier angeführten, das Konkursverfahren beendigenden Thatbeständen unterscheiden sich die zwei zuerst angeführten (die Verteilung und der Zwangsvergleich) von den zwei zuletzt angeführten (dem Einstellungsantrage und dem Mangel genügender Masse) dadurch, dafs jene Thatbestände eine, wenn auch nur teilweise, Befriedigung des Konkursgläubigers ergeben, während bei den beiden anderen Thatbeständen eine Befriedigung der Konkursgläubiger zufolge des Konkursverfahrens nicht erfolgt[2]. Die Unterscheidung kommt in der deutschen Konkursordnung auch in formeller Beziehung zur Erscheinung. Das Gesetz heifst die Be-

[2] Natürlich kann die Zustimmung des einzelnen Konkursgläubigers zu dem Einstellungsantrage durch teilweise Befriedigung erkauft werden; aber das ist ein Vorgang, der sich abseits vom Konkurs abspielt und für die Einstellung nicht in Betracht kommt.

endigung des Konkursverfahrens durch Verteilung oder durch Zwangsvergleich Aufhebung des Verfahrens, wogegen die Beendigung, welche zufolge des mit Zustimmung der Gläubiger gestellten Antrags oder zufolge des Mangels entsprechender Masse eintritt, Einstellung des Verfahrens genannt wird.

I. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach der Schlufsverteilung.

§ 51.

1. Die Verteilungen.

1. Nach dem früheren gemeinen Recht fand regelmäfsig die Verteilung (Distribution) erst statt, wenn die sämtlichen Liquiditäts- und Prioritätsprozesse rechtskräftig erledigt und die Verwertung der Konkursmasse beendigt waren[1]. Mehrere Verteilungen konnten ausnahmsweise vorkommen, wenn die Masse ganz oder teilweise aus fortlaufenden Renten oder Einkünften bestand, oder wenn ein einzelner Massebestandteil noch in einem langsichtigen Prozesse befangen war[2].

Die deutsche Konkursordnung steht auf einem anderen Standpunkt. Nach dem Vorbilde des französischen Rechts[3] und der preufsischen Konkursordnung von 1855[4] gestattet sie, dafs schon vor der Erledigung der Streitigkeiten über die angemeldeten Forderungen und Vorrechte und vor der Beendigung der Verwertung der Konkursmasse Verteilungen stattfinden, sobald und so oft genügender Erlös in der Kasse der Gläubigerschaft vorhanden ist.

Hieraus ergeben sich verschiedene Arten von Verteilungen, nämlich die Verteilungen, welche vor der Beendigung des Konkursverfahrens stattfinden (Abschlagsverteilungen), die Verteilung, mit welcher das Verfahren seinen regelmäfsigen Abschlufs erreicht (die Schlufsverteilung), und diejenigen Verteilungen, welche unter besonderen Umständen zu der Schlufsverteilung als

---

[1] Vgl. Ludovici XIII. Cap., Claproth § 434, Dabelow S. 643, Kori (2) § 117, Schweppe (2) § 141, Reinhardt § 88, Bayer § 70, Fuchs, Concursverf. § 20.

[2] Vgl. z. B. Claproth §§ 435, 438, Schweppe § 140, Bayer S. 197 f., Fuchs S. 122.

[3] Code de comm. art. 558 bis 562, Faillitegesetz v. 1838 art. 565 bis 569.

[4] §§ 239 ff., 253.

Ergänzungen hinzutreten (Nachtragsverteilungen). In einem Konkurse giebt es nur eine Schlufsverteilung. Abschlags-, Nachtragsverteilungen können in der Einzahl und in der Mehrzahl vorkommen. Die Schlufsverteilung mufs erfolgen, wenn nicht der Konkurs in anderer Weise erledigt wird. Abschlagsverteilungen sind möglich, aber nicht notwendig. Nachtragsverteilungen müssen erfolgen, wenn die Voraussetzung zu einer Ergänzung der Schlufsverteilung gegeben ist.

2. Für Abschlagsverteilungen und für die Schlufsverteilung gelten folgende Regeln:

a) Vor Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins kann keine Verteilung stattfinden (§ 149), da sich erst aus den Verhandlungen in diesem Termin ergiebt, welche Forderungen bei einer Verteilung zu berücksichtigen sind.

b) Die Initiative zu einer Verteilung geht von dem Konkursverwalter aus. Das Gesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Verwalter zu einer Verteilung schreiten soll (§§ 149, 161, 166). Jeder einzelne Beteiligte sowie der Gläubigerausschufs und die Gläubigerversammlung kann bei dem Konkursgericht als der Aufsichtsbehörde (vgl. § 83) beantragen, dafs der Verwalter aufgefordert werde, eine Verteilung vorzunehmen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dazu vorhanden seien; aber einen privatrechtlichen, im ordentlichen Prozesse verfolgbaren Anspruch gegen den Verwalter auf Vornahme einer Verteilung haben die Konkursgläubiger nicht[5]. Das Gericht hat auf einen solchen Antrag einen Bescheid zu geben; der Bescheid kann auf Abweisung des Antrags lauten[6], aber auch dahin, dafs der Verwalter anfgefordert wird, die Initiative zu einer Verteilung zu ergreifen[7]. Weder die Gläubigerversammlung noch der Gläubigerausschufs oder das Konkursgericht kann mit Umgehung des Verwalters eine Verteilung anordnen[8]. Wenn der Verwalter der Aufforderung des Konkursgerichts nicht entsprechen sollte, so würde nichts übrig

[5] Vgl. R.G. 7. Febr. 1890 in Jur. W.Schr. S. 114 N. 13, Beitr. z. E. d. D.R. XXXVI S. 1201, Bl. f. R.A. X E.B. S. 365.

[6] Dagegen steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 3).

[7] Vgl. die Mot. S. 373 f. — Dagegen steht dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 2).

[8] Anders bei der Nachtragsverteilung. Eine solche Verteilung kann von dem Konkursgerichte von Amtswegen oder auf Antrag angeordnet werden, ohne Initiative des Verwalters.

bleiben, als den ungehorsamen Verwalter zu bestrafen, eventuell ihn seines Amtes zu entsetzen (§ 84) und einen anderen Verwalter zu bestellen, der die Verteilung unternimmt. Unterläfst der Verwalter pflichtwidrig die nach den Umständen angezeigte Initiative zu einer Verteilung, so ist er persönlich den Beteiligten für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich (arg. § 82).

Ergreift der Verwalter die Initiative zu einer Verteilung, so kann ihm aufser dem Gläubigerausschusse, dessen Genehmigung erforderlich ist (s. u. litt. c), niemand entgegentreten. Dafs das Gericht auf Antrag des Gemeinschuldners, der einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung einer Abschlagsverteilung anordnen kann (§ 160), ist eine besondere, nicht über diesen Specialfall ausdehnbare Bestimmung.

c) Zur Vornahme einer Verteilung hat der Verwalter, wenn ein Gläubigerausschufs bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen (§ 150). Um die Genehmigung zu erhalten, hat der Verwalter dem Ausschusse die erforderlichen Mitteilungen zu machen. Ob die Genehmigung vor oder nach der Einleitung des Verteilungsverfahrens erfolgt, ist einerlei.

Verweigert der Ausschufs die Genehmigung, so darf der Verwalter die beabsichtigte Verteilung nicht unternehmen. Eine Beschwerde gegen die Verweigerung der Genehmigung giebt es nicht. Doch kann ein Beschlufs der Gläubigerversammlung, worin eine vom Verwalter beabsichtigte Verteilung genehmigt wird, die Genehmigung des Ausschusses ersetzen; denn die Gläubigerversammlung ist das dem Ausschusse übergeordnete Organ der Gläubigergemeinschaft. Folglich kann der Verwalter sich an die Gläubigerversammlung wenden und deren Beschlufs über eine von ihm beabsichtigte Verteilung extrahieren, wenn der Gläubigerausschufs die Verteilung nicht genehmigt[9].

Nähme der Verwalter ohne die erforderliche Genehmigung des Gläubigerausschusses eine Verteilung vor, so würde das keine Verteilung im Sinne der K.O., sondern eine gesetzwidrige Verwendung der Konkursmasse sein, deretwegen der Verwalter der Gläubigerschaft ersatzpflichtig wäre. Nachträgliche Genehmigung könnte aber die Verteilung zu einer gesetzlichen machen.

d) Die Verteilung erfolgt auf Grund eines von dem Konkurs-

---

[9] Vgl. Petersen u. Kleinfeller § 138 N. 2 Abs. 2, v. Sarwey u. Bossert § 138 N. 1, Endemann S. 545. A.M.: v. Wilmowski § 138 N. 2, Oetker, Grundbegr. I S. 405 N. 3.

verwalter anzufertigenden Verzeichnisses der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen (§ 151)[10]. Dieses Verzeichnis samt den Berichtigungen und Nachträgen bildet die Unterlage der Verteilung und hat insofern den Charakter einer prozessualischen Feststellung, als nach Ablauf der zur Erhebung von Einwendungen bestimmten Frist (§ 158) oder des dazu bestimmten Termins (§ 162) das Verzeichnis nicht mehr angefochten werden kann. Forderungen, die in dem Verzeichnisse nicht berücksichtigt sind, können nicht mehr eingesetzt werden.

Das Verzeichnis ist im Anschlufs an die Konkurstabelle (§§ 140 Abs. 2, 145, 146 Abs. 7) zu entwerfen. Die in der Tabelle eingetragenen Ergebnisse der Prüfungsverhandlung nebst den Berichtigungen sind dabei zu berücksichtigen. In dem Verzeichnis ist das Rangverhältnis der aufgenommenen Forderungen ersichtlich zu machen. Es sind also die bevorrechtigten Forderungen nach ihrer Rangklasse zu bezeichnen. Im Nachlafskonkurs ist insbesondere auch anzugeben, welche Forderungen als zurückgesetzte Forderungen in Betracht kommen (vgl. § 226 und oben S. 64 ff.).

Sind unter den in dem Verzeichnisse berücksichtigten Forderungen solche, zu deren Befriedigung nicht die gesamte Konkursmasse, sondern nur gewisse Teile derselben zu verwenden sind[11], so sind diese Forderungen von den anderen zu scheiden, und es ist anzugeben, welcher Betrag von der verfügbaren Masse für die eine oder die andere Gruppe verwendet werden soll.

In das Verzeichnis sind aufzunehmen:

α) Die im Prüfungstermin oder nachträglich festgestellten Forderungen (arg. § 152). Im Prüfungstermine festgestellt ist die Forderung, die weder von dem Verwalter noch von einem konkurrierenden Gläubiger bestritten wurde. Die nur von dem Gemeinschuldner bestrittene Forderung ist als festgestellte Forderung zu behandeln. Nachträglich kann eine Forderung dadurch festgestellt werden, dafs der Verwalter und die Gläubiger, welche als Opponenten aufgetreten sind, ihren Widerspruch zurücknehmen oder im Liquidationsprozesse durch rechtskräftiges Urteil überwunden werden. Eine festgestellte Forderung ist auch dann in das Teilungsverzeichnis aufzunehmen, wenn der Verwalter behauptet,

---

[10] Über die Verschiedenheit dieses Verzeichnisses von dem Teilungsplane der preufs. K.O. v. 1855 und über die Gründe, die zur Beseitigung des Teilungsplanes führten, s. die Mot. S. 370 bis 372.

[11] Vgl. o. S. 86 Abs. 4, 87 f., 225 Abs. 2.

dafs sie nach der Feststellung erloschen sei, so lange nicht durch Klage nach § 767 C.Pr.O. ein das Erlöschen feststellendes rechtskräftiges Urteil vorliegt; denn im Verteilungsverfahren kann über eine solche Einwendung des Verwalters nicht entschieden werden[12];

β) die im Prüfungstermine von dem Konkursverwalter oder von einem konkurrierenden Konkursgläubiger bestrittenen und auch nachträglich noch nicht festgestellten Forderungen, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt (arg. § 152, vgl. § 146 Abs. 6). Hat der Opponent zur Zeit der Verteilung die Aufhebung der Vollstreckungsklausel oder des Titels bereits erwirkt, ohne dafs jedoch über das Bestehen der Forderung rechtskräftig entschieden ist[13], so ist die Forderung wie eine nicht titulierte zu behandeln.

Eine als tituliert angemeldete Forderung, die noch nicht geprüft ist, ist trotz dem vorliegenden Titel nicht in das Verzeichnis aufzunehmen, weil noch nicht feststeht, dafs sie überhaupt zur Prüfung und damit zum Konkurse zugelassen wird[14];

γ) die im Prüfungstermine von dem Konkursverwalter oder von einem konkurrierenden Gläubiger bestrittenen Forderungen, wenn dem Verwalter nachgewiesen ist, dafs und für welchen Betrag von dem Liquidanten die Feststellungsklage (§ 146 Abs. 2) gegen alle Opponenten erhoben oder die Feststellung durch Aufnahme des Verfahrens in dem früher anhängigen Prozesse (§ 146 Abs. 3) betrieben worden ist (arg. § 152). Der Nachweis, dafs die Feststellungsklage gegen einen von mehreren Opponenten erhoben oder dafs das Verfahren in dem anhängigen Prozesse gegen einen von mehreren Opponenten aufgenommen worden ist, genügt nicht, weil alle Opponenten im Prozesse besiegt werden müssen, um die Feststellung zu erreichen[15].

Der Nachweis des Betriebs der Feststellung ist zunächst dem Verwalter zu führen, nicht dem Gerichte. Erst wenn es zu Einwendungen gegen das Verzeichnis kommt, hat das Gericht zu

---

[12] Vgl. R.G.Entsch. XXI Nr. 64 S. 331 ff.

[13] Vgl. o. S. 275 N. 17.

[14] Vgl. o. S. 252 N. 1 und S. 259 Ziff. 3.

[15] Vgl. Hullmann § 140 N. 5, Oetker, Grundbegr. I S. 512. A.M.: v. Wilmowski § 140 N. 5, Petersen u. Kleinfeller §§ 139 bis 145 N. II 2, v. Sarwey u. Bossert § 140 N. 6. — Man braucht blofs an die Möglichkeit zu denken, dafs ein Opponent besiegt ist, während gegen den anderen die Feststellung noch gar nicht betrieben ist, um die Unrichtigkeit der gegnerischen Ansicht einzusehen.

prüfen, ob der Nachweis geführt ist. In der Regel wird der Nachweis durch Vorlegung der Klageschrift nebst der Zustellungsurkunde oder durch Vorlegung der Aufnahmeerklärnng (§ 250 C.Pr.O.) nebst der Zustellungsurkunde geführt werden; aber eine andere Art der Nachweisung ist nicht ausgeschlossen;

δ) Forderungen unter auflösender Bedingung sind, wenn sie als solche festgestellt sind, in das Verzeichnis aufzunehmen (arg. § 66). Ist die Bedingung eingetreten, so ist die Forderung nicht aufzunehmen. Bestreitet der Liquidant, dafs die Bedingung eingetreten sei, so kann er Einwendung gegen das Verzeichnis erheben; dann hat das Konkursgericht durch Beschlufs zu entscheiden. Der Verwalter hat den Eintritt der Bedingung zu beweisen.

Ist die Forderung bestritten, so finden die ad litt. β, γ entwickelten Sätze entsprechende Anwendung;

ε) Forderungen unter aufschiebender Bedingung, die als solche festgestellt sind, werden verschieden behandelt, je nachdem eine Abschlagsverteilung oder die Schlufsverteilung vorzunehmen ist; vgl. unten S. 358 litt. c und S. 363 litt. e.

Nach Eintritt der Bedingung ist die Forderung wie eine unbedingte zu behandeln.

Ist die Forderung bestritten, so finden auch die ad litt. β, γ entwickelten Sätze entsprechende Anwendung;

ζ) die Forderung eines Absonderungsberechtigten, der zugleich Konkursgläubiger ist[16], ist in das Verzeichnis aufzunehmen, wenn der Gläubiger auf sein Absonderungsrecht Verzicht geleistet hat oder wenn der bei der abgesonderten Befriedigung erlittene Ausfall in bestimmter Höhe feststeht (arg. § 153 Abs. 1). Der Gläubiger hat dem Verwalter den Nachweis des Verzichts oder des erlittenen Ausfalls zu führen. Wird der Verzicht nachgewiesen, so ist die ganze Forderung, wird ein Ausfall nachgewiesen, so ist der Betrag des Ausfalls in das Verzeichnis aufzunehmen.

Wird auf die abgesonderte Befriedigung nicht verzichtet und steht auch noch kein Ausfall fest, so ist die Behandlung der Forderung des Absonderungsberechtigten verschieden, je nachdem eine Abschlagsverteilung oder die Schlufsverteilung vorzunehmen ist. Darüber s. unten S. 357 litt. b und S. 363 litt. d.

Auch bei der Konkursforderung eines Absonderungsberechtigten kommt wieder in Betracht, ob sie festgestellt oder bestritten ist, und, wenn sie bestritten ist, ob sie unter die Gruppe der titulierten

[16] Vgl. o. S. 43 ff.

Forderungen fällt oder nicht. Auf die bestrittene Forderung des Absonderungsberechtigten finden die ad litt. β, γ entwickelten Sätze Anwendung [17].

η) Was unter litt. ζ über die Behandlung der Konkursforderung eines Absonderungsberechtigten gesagt ist, findet entsprechende Anwendung auf die Forderung eines Nachlafsgläubigers, die im Konkurs über das Vermögen des unbeschränkt haftenden Erben (oder wenn eine Ehefrau Erbin ist und der Nachlafs zum Gesamtgute des Mannes gehört: im Konkurse über das Vermögen des Ehemanns) angemeldet worden ist, wenn auch über den Nachlafs das Konkursverfahren eröffnet oder wenn eine Nachlafsverwaltung angeordnet ist (§ 234) [18].

Ebenso im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf die Forderung eines Gesamtgutsgläubigers, die im Konkurs über das Vermögen des (unbeschränkt haftenden) überlebenden Ehegatten angemeldet worden ist, wenn auch über das Gesamtgut das Konkursverfahren eröffnet oder wenn eine Gesamtgutsverwaltung nach Art der Nachlafsverwaltung angeordnet ist (arg. § 236 Satz 1) [19].

Die Forderung ist also in das Verzeichnis aufzunehmen, wenn dem Verwalter nachgewiesen ist, dafs der Gläubiger darauf verzichtet hat, seine Forderung auch im Nachlafskonkurse (oder im Gesamtgutskonkurse) geltend zu machen, oder dafs er in diesem Konkurs einen Ausfall erlitten hat.

Ad litt. α bis η: Für die Aufnahme einer Forderung in das Teilungsverzeichnis macht es keinen Unterschied, ob der auf die Forderung entfallende Anteil ausbezahlt oder einstweilen zurückbehalten wird.

e) Der Verwalter hat das Verzeichnis der bei der beabsichtigten Verteilung nach seiner Ansicht zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und die Summe der aufgenommenen Forderungen sowie den zur Verteilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen (§ 151).

---

[17] Z. B.: Es ist bestritten, dafs der Gemeinschuldner für die nichttitulierte Forderung des Abonderungsberechtigten auch persönlich hafte. Obwohl feststeht, dafs der Absonderungsberechtigte bei der abgesonderten Befriedigung einen Ausfall in bestimmter Höhe erleidet, ist die Forderung nicht in das Verzeichnis aufzunehmen, wenn die Feststellung nicht von dem Liquidanten betrieben worden ist.

[18] Vgl. o. S. 46 Abs. 2, 3.

[19] Vgl. o. S. 47 Abs. 2.

Die Unterlassung der Niederlegung oder der öffentlichen Bekanntmachung hat zur Folge, dafs der Verwalter den etwa benachteiligten Gläubigern zum Schadensersatze verpflichtet wird, und dafs dasjenige, was einem Gläubiger rechtswidrig zugeteilt worden ist, als ungerechtfertigte Bereicherung an die Konkursmasse oder nach Beendigung des Konkurses an die benachteiligten Gläubiger herauszugeben ist[20].

Die Niederlegung und die öffentliche Bekanntmachung dienen zur Information der Gläubiger. Diesen ist Gelegenheit gegeben, das Verzeichnis auf seine Richtigkeit zu prüfen, damit sie den Verwalter zu Änderungen (§ 157) veranlassen oder Einwendungen gegen das Verzeichnis bei Gericht erheben können (§§ 158, 162).

Mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnt eine Ausschlufsfrist von zwei Wochen[21]. Die Frist beginnt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung enthaltenden Blattes (arg. § 76 Abs. 1 Satz 2).

Innerhalb dieser Ausschlufsfrist kann folgendes geschehen:

α) Der Gläubiger einer bestrittenen, nicht titulierten Forderung kann dem Konkursverwalter den Nachweis führen, dafs und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozefs aufgenommen ist (§ 152, Satz 1);

β) der Gläubiger, welcher eine abgesonderte Befriedigung beansprucht hat, kann dem Verwalter nachweisen, dafs er auf die abgesonderte Befriedigung verzichtet oder dafs er bei der abgesonderten Befriedigung einen Ausfall von bestimmter Höhe erlitten hat (§ 153 Abs. 1 Satz 1);

γ) in den oben S. 351 litt. d, η bezeichneten Fällen kann der Gläubiger in dem Konkurs über das Vermögen des Erben (bezw. im Konkurs über das Vermögen des Ehemanns der Erbin) oder im Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten gegenüber dem Konkursverwalter den Nachweis führen, dafs er darauf verzichtet hat, seine Forderung in dem Nachlafskonkurs oder in dem

---

[20] Vgl. R.G. 24. Febr. 1890 in den Beitr. z. E. d. D.R. XXXIV S. 1205.

[21] Als gesetzliche Frist, deren Verlängerung im Gesetze nicht besonders vorgesehen ist, kann die Frist nicht vom Gerichte verlängert werden (arg. § 224 Abs. 2 C.Pr.O.). Verlängerung durch Vereinbarung der Parteien (arg. § 224 Abs. 1 C.Pr.O.) ist nicht möglich, da keine Parteien im Sinne der C.Pr.O. vorhanden sind. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht zulässig, da die Frist keine Notfrist ist (arg. §§ 223 Abs. 3, 233 C.Pr.O.). Die Gerichtsferien haben auf den Lauf der Frist keinen Einfluſs (arg. § 204 G.V.G.).

Gesamtgutskonkurse geltend zu machen, oder daſs er in diesem Konkurs einen Ausfall von bestimmter Höhe erlitten hat (arg. § 234 Abs. 1 mit § 153, dann § 236 Satz 1).

δ) Der Gläubiger einer aufschiebend bedingten Forderung kann dem Konkursverwalter den Eintritt der Bedingung nachweisen (arg. § 154 Abs. 2).

Ad litt. *α* bis *δ*: Auf Grund der innerhalb der Ausschluſsfrist geführten Nachweisungen können die bezeichneten Gläubiger von dem Verwalter die Aufnahme in das Verzeichnis verlangen. Der Verwalter hat binnen einer gesetzlichen Frist von drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschluſsfrist (§ 152) die erforderlichen Zusätze und die sich daraus ergebenden Änderungen des Verzeichnisses zu bewirken (§ 157). Eine Änderung nach Ablauf der dreitägigen Frist wäre ungesetzlich und könnte daher von jedem beteiligten Gläubiger durch Einwendung gegen das Verzeichnis angefochten werden[22]. Die Änderungen werden den Gläubigern nicht zugestellt, sondern in dem auf der Gerichtsschreiberei liegenden Verzeichnisse vermerkt. Die Beteiligten können sich durch Einsicht dieses Verzeichnisses vergewissern, ob die verlangte Änderung vorgenommen ist. Ist sie nicht vorgenommen, so können sie durch Einwendung gegen das Verzeichnis die Kognition des Konkursgerichts provozieren. Derselbe Weg steht den anderen Beteiligten zur Bekämpfung einer vorgenommenen Änderung offen.

Der Ablauf der Ausschluſsfrist bewirkt die Präklusion der in litt. *α* bis *δ* behandelten Nachweisungen und der darauf zu stützenden Abänderungsanträge (arg. §§ 152 Satz 2, 153 Abs. 1 Satz 2, 154 Abs. 2). Der Verwalter darf einen auf eine verspätete Nachweisung gestützten Änderungsantrag nicht berücksichtigen. Thäte er das dennoch, so könnte die Änderung aus dem Grunde der Präklusion auf dem Wege der Einwendung gegen das Verzeichnis bekämpft werden.

Andere Änderungen des Verzeichnisses als diejenigen, welche sich auf Grund der innerhalb der Ausschluſsfrist zulässigen Nachweisungen (vgl. §§ 152 bis 155) ergeben, darf der Konkursverwalter überhaupt nicht vornehmen, auch wenn sie innerhalb der Aus-

[22] Nach der Ansicht von v. Wilmowski § 145 N. 1 Abs. 3 soll eine spätere Änderung nicht zu berücksichtigen sein. Wenn damit gesagt sein soll, daſs die spätere Änderung von Amtswegen zu streichen sei, so ist das unrichtig; denn das Konkursgericht hat keine Kognition über die Richtigkeit des Verzeichnisses, ohne daſs eine Einwendung erhoben ist.

schlußfrist beantragt sind. Er darf insbesondere keine Forderung aus dem Verzeichnisse streichen[23]. Würde der Verwalter eine ungesetzliche Korrektur vornehmen, so könnte dagegen Einwendung beim Konkursgerichte erhoben werden.

f) Gegen das Verzeichnis, wie es sich auf Grund der etwaigen Änderungen gestaltet, können Einwendungen bei dem Konkursgericht erhoben werden (§§ 158, 162).

Zur Erhebung von Einwendungen ist nur ein Konkursgläubiger befugt, dessen Forderung bereits geprüft und bei der Prüfung nicht zurückgewiesen worden ist[24]. Ob die Zulassung bedingt oder unbedingt erfolgte, ist gleich.

Von den hiernach in abstracto zu Einwendungen befugten Konkursgläubigern ist in concreto nur derjenige zur Erhebung einer Einwendung befugt, welcher ein vermögensrechtliches Interesse daran hat, daſs das Verzeichnis in dem von der Einwendung betroffenen Punkt abgeändert werde. Dieses Interesse ist vorhanden, wenn der Gläubiger durch die Einwendung die Berücksichtigung seiner in das Verzeichnis nicht aufgenommenen Forderung oder die Berücksichtigung seiner Forderung in einer besseren Rangklasse oder, falls nicht alle Konkursgläubiger aus der ganzen Masse befriedigt werden sollen[25], in einer anderen Gruppe erstrebt; ferner aber auch, wenn die Einwendung verlangt, daſs eine andere Forderung, die in dem Verzeichnisse vor oder mit der Forderung des Einwendenden lociert ist, eliminiert oder an schlechterer Stelle eingesetzt werden soll.

Dagegen ist ein an besserer Stelle eingesetzter Gläubiger nicht legitimiert, die Berücksichtigung einer Forderung zu bekämpfen, die an schlechterer Stelle eingesetzt ist; denn daran hat er kein vermögensrechtliches Interesse.

---

[23] A.M.: Petersen u. Kleinfeller §§ 139 bis 145 N. III 3, welche es für zulässig erachten, daſs der Verwalter eine in das ursprüngliche Verzeichnis aufgenommene Forderung streiche, wenn die erforderliche Nachweisung nicht rechtzeitig geliefert ist. Aber, wenn dies der Fall ist, hätte die Forderung nicht in das ursprüngliche Verzeichnis eingesetzt werden sollen, und die Korrektur eines solchen Versehens ist wohl nur durch Einwendungen zu erreichen.

[24] Ein Gläubiger, dessen Forderung noch nicht angemeldet oder noch nicht geprüft ist, hat keinen Anspruch auf Berücksichtigung in dem Verzeichnisse; vgl. o. S. 252 N. 1, S. 349 litt. β Abs. 2. Folglich ist er auch nicht legitimiert, das Verzeichnis anzufechten.

[25] Vgl. o. S. 86 Abs. 4, S. 87 f., S. 225 Abs. 2, S. 348 Abs. 3.

Eine Einwendung kann nur darauf gestützt werden, dafs der Verwalter die für die Anfertigung und Ergänzung des Verzeichnisses mafsgebenden gesetzlichen Vorschriften verletzt habe; also z. B. darauf, dafs der Verwalter die Forderung des Einwendenden nicht berücksichtigt habe, obwohl dieselbe nach den Vorschriften der §§ 152 bis 155 zu berücksichtigen gewesen wäre; oder darauf, dafs der Verwalter die Forderung eines Konkurrenten berücksichtigt habe, obwohl sie nach diesen Vorschriften nicht zu berücksichtigen wäre; oder darauf, dafs die gesetzlichen Vorschriften über die Rangverhältnisse (§§ 61, 224) verletzt worden seien. Dagegen kann eine Einwendung nicht darauf gestützt werden, dafs nach Ablauf der Ausschlufsfrist die zur Berücksichtigung einer Forderung erforderlichen Nachweise erbracht seien. Natürlich ist jede Anfechtung der im Prüfungstermin oder nachträglich erfolgten Feststellungen in diesem Verfahren ausgeschlossen.

Nicht zur Erhebung von Einwendungen befugt sind die Massegläubiger und der Gemeinschuldner. Jene nicht, weil sie abseits von den Verteilungen zu befriedigen sind[26]; dieser nicht, weil er die Beteiligung eines Gläubigers am Konkurs überhaupt nicht bekämpfen kann[27].

Über die vorgebrachten Einwendungen entscheidet das Konkursgericht (§§ 158 Abs. 2 Satz 1, 162 Abs. 2). Vor der Entscheidung können diejenigen Gläubiger, deren Interesse von den Einwendungen berührt wird, sowie der Verwalter schriftlich oder mündlich gehört werden. Das Gericht kann zur Aufklärung Ermittelungen anordnen (arg. § 75). Bei der Entscheidung hat das Gericht zuvörderst zu prüfen, ob die Einwendung ordnungmäfsig, insbesondere rechtzeitig (vgl. §§ 158 Abs. 1, 162), erhoben, dann, ob der Einwendende zu der Einwendung legitimiert, endlich, ob die Einwendung begründet ist. Die Entscheidung ergeht, wie jede Entscheidung des Konkursgerichts, in Beschlufsform. Wird die Einwendung zurückgewiesen, so ist die Entscheidung dem Einwendenden zuzustellen; ihm steht die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 3). Wird der Einwendung stattgegeben, also eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet, so ist die Entscheidung nicht zuzustellen, sondern auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts niederzulegen (§ 158 Abs. 2 Satz 2)[28]. Das Gesetz bestimmt keine Frist, inner-

[26] Vgl. o. S. 241 Abs. 2.

[27] Vgl. o. S. 265 Ziff. 6 Abs. 2.

[28] Vgl. Petersen u. Kleinfeller §§ 146 bis 148 N. 3, v. Völderndorff § 146 N. f., Kohler, Lehrb. S. 577, Oetker, Grundbegr. I S. 410.

halb deren dies geschehen soll. Mit dem Tag, an dem die Niederlegung erfolgt ist, beginnt die Frist zur sofortigen Beschwerde für die von der Änderung betroffenen Konkursgläubiger (§ 158 Abs. 2 Satz 3). Der Verwalter hat kein Beschwerderecht, da die Gläubigerschaft als solche bei der Frage, ob und wie ein einzelner Gläubiger bei einer Verteilung zu berücksichtigen ist, nicht interessiert erscheint[29]. Wird die Einwendung teilweise abgewiesen, während ihr zu einem anderen Teile stattgegeben wird, so ist der Beschluſs wegen der Abweisung dem Einwendenden zuzustellen und wegen der angeordneten Berichtigung des Verzeichnisses auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen[30]. Gegenüber dem Einwendenden läuft die Beschwerdefrist von der Zustellung an, gegenüber den anderen Beteiligten beginnt sie mit dem Tage der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist entsprechend zu behandeln. Soweit sie eine Abweisung der Einwendung enthält, ist sie dem Einwendenden zuzustellen; soweit sie eine Berichtigung anordnet, ist sie auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts[31] niederzulegen. Die Frist zur weiteren Beschwerde beginnt dort mit der Zustellung, hier mit der Niederlegung.

Ist die zur Erhebung von Einwendungen bestimmte Frist (§ 158 Abs. 1) oder der dazu bestimmte Termin (§ 162) abgelaufen, ohne daſs eine Einwendung erhoben worden ist, oder ist über die erhobenen Einwendungen rechtskräftig[32] entschieden, so steht das

---

A.M: v. Wilmowski § 146 N. 3 Abs. 1, Sarwey u. Bossert § 146 N. 7, welche auſser der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei die Zustellung an die von der Änderung berührten Konkursgläubiger und an den Verwalter fordern. Aber es dürfte anzunehmen sein, daſs die Niederlegung der Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei als Ersatz der besonderen Zustellung angeordnet ist, weil die Zahl der Beteiligten in gröſseren Konkursen sehr groſs sein kann.

[29] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 410 N. 3. A.M.: v. Wilmowski § 146 N. 1 Abs. 3, Endemann S. 558, auf Grund der irrtümlichen Annahme, daſs der Verwalter den Gemeinschuldner vertrete. Aber, auch wenn diese Annahme nicht irrtümlich wäre, würde daraus kein Beschwerderecht des Verwalters folgen, da der Gemeinschuldner bei dem Verteilungsverfahren nicht mitzureden hat. Vgl. oben S. 355 Abs. 2.

[30] A.M.: Oetker, Grundbegr. I S. 410 Abs. 4, ohne genügende Begründung.

[31] Nicht des Beschwerdegerichts! Denn das Verzeichnis bleibt auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts, und dazu gehört die Entscheidung.

[32] Rechtskräftig ist die Entscheidung des Konkursgerichts, wenn die zweiwöchige Beschwerdefrist (§ 577 Abs. 2 Satz 1 C.Pr.O.) abgelaufen ist. Die Beschwerde aus einem Nichtigkeits- oder einem Restitutionsgrunde mit

Verzeichnis und damit der Kreis der bei der konkreten Verteilung zu berücksichtigenden Gläubiger fest. Auf dieser Unterlage ist die Verteilung zu vollziehen. Vgl. unten S. 374 Ziff. 9 litt. a.

3. Für Abschlagsverteilungen gelten folgende besondere Vorschriften:

a) Eine Abschlagsverteilung soll vorgenommen werden, so oft hinreichende bare Masse vorhanden ist (§ 149). Dabei hat das Ermessen des Verwalters und des Gläubigerausschusses Spielraum. Aus der Notwendigkeit, Masseschulden zu zahlen, kann sich ergeben, dafs die bare Masse zu einer Abschlagsverteilung nicht hinreicht.

b) Zur Berücksichtigung der Forderung eines absonderungsberechtigten Gläubigers bei einer Abschlagsverteilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlufsfrist (§ 152) dem Verwalter der Nachweis, dafs die Veräufserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und der Betrag des mutmafslichen Ausfalls glaubhaft gemacht wird (§ 153 Abs. 2). Ob die Veräufserung von dem Gläubiger oder von jemand anderem (dem Verwalter[83] oder einem anderen Absonderungsberechtigten) betrieben ist, macht keinen Unterschied. Kann die Veräufserung nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen[84], so ist nachzuweisen, dafs die Zwangsvollstreckung betrieben ist. Zweifelhaft ist, ob in denjenigen Fällen, in welchen der Absonderungsberechtigte zum Betriebe der Veräufserung eines vollstreckbaren Titels bedarf[85], eine auf Erlangung des Titels abzielende Thätigkeit des Absonderungsberechtigten schon als Betrieb der Veräufserung im Sinne des § 153 Abs. 2 zu betrachten ist. Nicht blofs der

---

der verlängerten Notfrist (§ 577 Abs. 2 Satz 2 C.Pr.O.) kommt für den Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses ebensowenig in Betracht, als die Fristen der Wiederaufnahmeklagen für die Rechtskraft eines Urteils in Betracht kommen (vgl. § 705 C.Pr.O.). Dasselbe gilt für die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die weitere Beschwerde ist sofort rechtskräftig (arg. § 568 Abs. 4 C.Pr.O.).

[83] Darin, dafs der Verwalter dem Absonderungsberechtigten nach § 127 Abs. 2 eine Frist zur Verwertung bestimmen läfst, liegt noch kein Betrieb der Veräufserung. Vgl. Wolff, Absonderungsrecht, S. 208. A.M.: v. Wilmowski § 141 N. 7. Aber durch jenes Vorgehen will der Verwalter nur den Absonderungsberechtigten zum Betrieb der Veräufserung veranlassen.

[84] Vgl. oben S. 103 Abs. 2.

[85] Vgl. oben S. 103 Abs. 3.

Wortlaut des § 153 Abs. 2, sondern auch die Erwägung, daſs nach Erlangung des Titels noch der Betrieb der Veräuſserung unterbleiben kann, spricht gegen die Annahme, daſs jene Thätigkeit genügt[36]. Solange der Absonderungsberechtigte die Veräuſserung nicht betreiben kann, ist er nicht in der Lage, den erforderlichen Nachweis zu führen.

Ist der Absonderungsgegenstand nicht durch Veräuſserung, sondern auf andere Weise zu verwerten, z. B. eine verpfändete Forderung durch Einziehung, so genügt der Nachweis, daſs diese Veräuſserungsart betrieben ist.

Der Anteil, mit welchem die mutmaſsliche Ausfallsforderung des absonderungsberechtigten Konkursgläubigers bei Abschlagsverteilungen nach Maſsgabe des § 153 Abs. 2 berücksichtigt worden ist, wird für die Schluſsverteilung frei, wenn nicht bei dieser bis zum Ablaufe der Ausschluſsfrist der Nachweis des Verzichts auf das Absonderungsrecht oder des bei der abgesonderten Befriedigung erlittenen Ausfalls dem Verwalter geführt ist (§ 156 mit § 153 Abs. 1).

c) Bei einer Abschlagsverteilung werden Forderungen unter aufschiebender Bedingung schon vor dem Eintritt der Bedingung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde (§ 154 Abs. 1).

Der Anteil, mit welchem die bedingte Forderung bei einer Abschlagszahlung berücksichtigt worden ist, wird für die Schluſsverteilung frei, wenn bei dieser die Bedingung noch in der Schwebe und die Berücksichtigung der Forderung wegen Unwahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung ausgeschlossen ist (§ 156 mit § 154 Abs. 2).

d) Einwendungen gegen das für eine Abschlagsverteilung angefertigte Verzeichnis sind binnen einer Woche nach dem Ende der Ausschluſsfrist (§ 152) bei dem Konkursgerichte zu erheben (§ 158 Abs. 1). Die Frist kann nicht verlängert werden; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht möglich[37]. Die Erhebung von Einwendungen kann durch einen Schriftsatz oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers (arg. § 501 mit § 496 C.Pr.O.) erfolgen.

e) Für eine Abschlagsverteilung bestimmt der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuſs vorhanden ist, dieser auf Antrag des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz (§ 159 Abs. 1). Der Prozent-

---

[36] A.M.: v. Wilmowski § 141 N. 7.

[37] Vgl. oben S. 352 N. 21.

satz kann so bemessen werden, daſs er den verfügbaren Massebestand nicht erschöpft.

Zweckmäſsig ist es, den Prozentsatz erst zu bestimmen, wenn die Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen das Verzeichnis abgelaufen und die Einwendungen erledigt sind, weil dann erst die Unterlage für die Berechnung feststeht; aber eine frühere Bestimmung ist weder unmöglich (denn der Prozentsatz kann so bemessen werden, daſs die Masse voraussichtlich auch ausreicht, wenn Ergänzungen vorgenommen werden), noch ungesetzlich. Sollte sich zufolge von Einwendungen gegen das Verzeichnis ergeben, daſs der Massebestand zur Zahlung des bestimmten Prozentsatzes nicht ausreicht, so muſs eben eine verhältnismäſsige Reduktion eintreten.

Der Gläubigerausschuſs kann den Prozentsatz nur in Übereinstimmung mit dem Verwalter bestimmen. Der Verwalter hat dem Ausschuſs einen bestimmten Prozentsatz vorzuschlagen; der Ausschuſs kann den Verwalter dazu veranlassen, seinen Vorschlag zu ändern; aber er kann keinen anderen (höheren oder niedrigeren) Prozentsatz festsetzen, als denjenigen, mit welchem der Verwalter einverstanden ist[88].

Das Gericht hat bei der Bestimmung des Prozentsatzes nicht mitzureden. Daher kann auch kein Gläubiger die Entscheidung des Gerichts darüber anrufen[89]. Daſs durch Einwendungen gegen das Verzeichnis der zu berücksichtigenden Forderungen eine Änderung des Verzeichnisses herbeigeführt und dadurch der Verwalter oder der Gläubigerausschuſs zu einer Änderung des Prozentsatzes veranlaſst werden kann, ist eine Sache für sich.

Der Verwalter hat den im Verzeichnisse berücksichtigten Gläubigern den bestimmten Prozentsatz mitzuteilen (§ 159 Abs. 2). Bis zur ersten Mitteilung kann der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuſs bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters den Prozentsatz ändern; denn bis dahin ist die Bestimmung noch ein Internum. Da durch eine wegen erhobener Einwendung von dem Gericht angeordnete Änderung des Verzeichnisses eine Änderung des Prozentsatzes nötig werden kann, so hat der Verwalter den Prozentsatz den Gläubigern erst mitzuteilen, wenn die Frist zur

---

[88] Vgl. v. Wilmowski § 147 N. 2, Petersen u. Kleinfeller §§ 146 bis 148 N. 4 Abs. 2, v. Völderndorff § 147 N. b. A.M.: v. Sarwey u. Bossert § 147 N. 1a, Meisner S. 326. Man vgl. jedoch den Entw. e. G.Sch.O. § 154 mit der jetzigen Fassung des § 159 Abs. 1.

[89] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 414 Abs. 2.

Erhebung von Einwendungen (§ 158 Abs. 1) abgelaufen und über die erhobenen Einwendungen rechtskräftig entschieden ist. Eine frühere Mitteilung ist nicht unwirksam, kann aber dem Verwalter Verlegenheiten bereiten.

Die Mitteilung kann unmittelbar (d. i. ohne Gerichtsvollzieher) und formlos erfolgen (§ 77 Abs. 2). Öffentliche Bekanntmachung ist nicht nötig. Ob sie die besondere Mitteilung ersetzen kann, ist zweifelhaft, aber doch wohl anzunehmen, weil dem Verwalter die Art und Weise, wie er die Mitteilung an die Gläubiger gelangen läfst, anheimgestellt ist[40].

Sowie der Prozentsatz einem Gläubiger mitgeteilt ist, hat jeder in dem Verzeichnis berücksichtigte Gläubiger einen Anspruch auf Auszahlung oder Hinterlegung des auf seine Forderung entfallenden Betrags. Dieser Anspruch geht gegen die Gläubigerschaft. Über dessen Verwirklichung s. unten S. 374 Ziff. 9 litt. a.

f) Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn dieser einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung der Abschlagsverteilung anordnen, sofern nicht schon die Ausschlufsfrist abgelaufen ist (§ 160). Diese Anordnung ist zugelassen, damit nicht durch den Vollzug der Abschlagsverteilung der Zwangsvergleich erschwert wird.

Die Aussetzung kann nur angeordnet werden, wenn der Gemeinschuldner einen den gesetzlichen Erfordernissen (§ 174) entsprechenden Vergleichsvorschlag bei Gericht eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt hat. Ist ein Zwangsvergleich unzulässig (§ 175), so ist die Aussetzung nicht statthaft. Der die Aussetzung anordnende Beschluſs kann nicht bloſs bis zum Ablaufe der Ausschlufsfrist (§ 152), sondern auch nach Ablauf der Ausschlufsfrist erlassen werden, wenn der Antrag auf Anordnung der Aussetzung innerhalb der Ausschlufsfrist gestellt ist[41].

---

[40] A.M.: v. Wilmowski § 147 N. 3, Petersen u. Kleinfeller §§ 146 bis 148 N. 4 a. E. — Mitteilung ist ein minus gegenüber der Zustellung. Kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden (vgl. § 76 Abs. 3), so wird das wohl auch bei der Mitteilung anzunehmen sein.

[41] Vgl. Petersen u. Kleinfeller §§ 146 bis 148 N. 5, v. Sarwey u. Bossert § 148 N. 2, v. Völderndorff § 148 N. c. — A.M.: v. Wilmoswki § 148 N. 1, Oetker, Grundbegr. I S. 414 Abs. 3. — Die von dem Text abweichende Ansicht macht die Zulässigkeit der Anordnung von der zufälligen Geschäftslage des Gerichts abhängig und entwertet die Beschwerde gegen ein ablehnendes Dekret, da eine Korrektur durch das Beschwerdegericht kaum jemals vor Ablauf der Ausschlufsfrist zu erlangen sein wird.

Auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zur Aussetzung vorliegen, steht deren Anordnung im richterlichen Ermessen. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu erwägen, ob das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs nach Lage der Umstände wahrscheinlich ist. Je geringer diese Wahrscheinlichkeit, umsoweniger wird das Gericht veranlafst sein, dem Antrage stattzugeben.

Die Entscheidung, welche den Antrag auf Aussetzung zurückweist, ist dem Gemeinschuldner zuzustellen, der sie mit sofortiger Beschwerde anfechten kann (arg. § 73 Abs. 3)[42].

Die Entscheidung, welche dem Antrage stattgiebt, ist dem Gemeinschuldner, dem Konkursverwalter und den bei der Verteilung beteiligten Gläubigern zuzustellen. Das Gericht kann statt der Einzelzustellung die öffentliche Bekanntmachung anordnen (arg. § 76 Abs. 2, 3). Dem Verwalter und den beteiligten Gläubigern steht die sofortige Beschwerde zu[43].

Die Aussetzung dauert bis zur Entscheidung über den Vergleichsvorschlag. Wird dieser angenommen und von dem Gerichte bestätigt, so ist die geplante Abschlagsverteilung gegenstandslos. Wird der Vergleichsvorschlag abgelehnt oder der von der Gläubigerversammlung angenommene Vergleichsvorschlag vom Gericht nicht bestätigt, so ist die Aussetzung beendigt; das Verteilungsverfahren nimmt seinen Fortgang.

Die vor Ablauf der Ausschlufsfrist (§ 152) angeordnete Aussetzung bewirkt, dafs der Lauf der Ausschlufsfrist aufhört und dafs nach Beendigung der Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt (arg. § 249 Abs. 1 C.P.O.). Entsprechend verhält es sich mit der Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen das Verzeichnis (§ 158 Abs. 1), wenn die Aussetzung vor Ablauf der Frist erfolgt.

Der Konkursverwalter darf während der Aussetzung keine auf das Verteilungsverfahren bezüglichen Handlungen vornehmen, insbesondere die Verteilung nicht vollziehen. Würde er während der Aussetzung Konkursmasse verteilen, so könnte das Verteilte von

---

[42] A.M.: Fitting § 41 N. 18, weil keine Entscheidung nötig sei, und Oetker, Grundbegr. I S. 414, weil die Entscheidung ein Administrativdekret sei. Vgl. dazu oben S. 122 N. 16.

[43] A.M.: Oetker a. a. O. — Fitting § 41 N. 18 hält hier die Beschwerde mit der herrschenden Ansicht für statthaft.

der Gläubigerschaft kondiziert werden, weil die Gläubiger ohne Rechtsgrund auf Kosten der Masse bereichert wären.

4. Für die Schlufsverteilung gelten folgende besondere Vorschriften:

a) Die Schlufsverteilung erfolgt, sobald die Verwertung der Masse beendigt ist (§ 161 Abs. 1). Es ist nicht erforderlich, dafs alle zur Masse gehörenden Gegenstände verwertet sind, sondern nur, dafs verwertet ist, was verwertet werden konnte (vgl. § 162 „Beschlufsfassung ..... über die nicht verwertbaren Vermögensstücke"). Das Vorhandensein von nicht beitreibbaren Forderungen und unverkäuflichen Gegenständen, insbesondere auch von Massebestandteilen, die wegen ihrer Belastung mit Sachobligationen für die Gläubigerschaft keinen Verkaufswert haben, hindert die Schlufsverteilung nicht.

Die Anhängigkeit eines die Aktivmasse betreffenden Prozesses wird in der Regel die Schlufsverteilung verhindern[44], es wäre denn, dafs der Verwalter der Gläubigerschaft vorschlagen will, den im Streite befangenen Gegenstand aus der Konkursmasse freizugeben.

Die Anhängigkeit eines Liquidationsprozesses hindert die Schlufsverteilung nicht (vgl. § 153 und oben S. 273 Abs. 2).

b) Wegen der endgültigen Ausschlufswirkung unterliegt die Vornahme der Schlufsverteilung der Genehmigung des Konkursgerichts (§ 161 Abs. 2).

Der Verwalter hat den Antrag auf Erteilung der Genehmigung zu stellen und dem Gerichte gegenüber durch Darlegung der Lage des Verfahrens zu begründen.

Über das Recht der Beteiligten, bei dem Gerichte zu beantragen, dafs dieses als Aufsichtsbehörde den Verwalter zur Vornahme einer Verteilung veranlasse, s. oben S. 346. Ohne Antrag des Verwalters kann das Gericht auch keine Schlufsverteilung anordnen.

Ist ein Gläubigerausschufs vorhanden, so hat der Verwalter dessen Genehmigung zu seinem Antrag auf gerichtliche Genehmigung der vorzunehmenden Schlufsverteilung einzuholen (§ 150).

Das Gericht entscheidet über den Antrag des Verwalters auf Vornahme der Schlufsverteilung ohne mündliche Verhandlung (arg. § 73 Abs. 1).

---

[44] Vgl. oben S. 105 Abs. 4, S. 184 Abs. 2, S. 228 Abs. 5.

Der Beschluſs ist dem Verwalter zuzustellen. Diesem steht die sofortige Beschwerde zu, wenn die Genehmigung verweigert wird. Gegen den Beschluſs, der die Genehmigung erteilt, steht niemanden die Beschwerde zu; dem Verwalter nicht, weil er die Genehmigung beantragt hat; den einzelnen Gläubigern nicht, weil sie kein Interesse an der Versagung der Genehmigung haben; dem Gemeinschuldner nicht, weil er bei dem Verteilungsverfahren nicht mitzureden hat[45].

c) Genehmigt das Gericht die Vornahme der Schluſsverteilung, so bestimmt es den Schluſstermin (§ 162). Der Termin soll nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden (§ 162 Abs. 1). Da in dem Schluſstermin eine Gläubigerversammlung stattfindet, ist er vom Gericht öffentlich bekannt zu machen (§ 93 Abs. 2). Die von dem Verwalter ausgehende Bekanntmachung, daſs das Schluſsverzeichnis auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt sei (§ 151), kann mit der Bekanntmachung des Schluſstermins verbunden werden.

Auf Antrag eines Beteiligten (Verwalter, Konkursgläubiger, Gemeinschuldner) kann der Termin verlegt werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind (arg. § 227 Abs. 2 mit § 224 Abs. 2 C.Pr.O.). Die Verlegung des Termins kann auch von Amtswegen erfolgen (arg. § 228 C.Pr.O.). Der neue Termin ist wieder öffentlich bekannt zu machen.

d) Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung beanspruchen, werden bei der Schluſsverteilung nicht berücksichtigt, wenn nicht bis zum Ablaufe der Ausschluſsfrist der Verzicht auf die abgesonderte Befriedigung oder der Ausfall nachgewiesen ist (§ 153 Abs. 1).

e) Forderungen unter aufschiebender Bedingung werden bei der Schluſsverteilung nicht berücksichtigt, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung so entfernt ist, daſs die bedingte Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat (§ 154 Abs. 2).

f) Einwendungen gegen das Schluſsverzeichnis sind nicht innerhalb einer Frist, sondern in dem Schluſstermine zu erheben (§ 162). Sie können bloſs mündlich vorgebracht werden. Ein bei dem Gericht eingereichter Schriftsatz kommt bloſs als vorbereitender Schriftsatz

[45] Nach Petersen u. Kleinfeller §§ 149 bis 152 N. I 2 sollen die einzelnen Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner die Beschwerde sowohl gegen die Verweigerung wie gegen die Erteilung der Genehmigung haben. In der Reichstagskomm. erklärte der Regierungskommissar Hagens, die einzelnen Gläubiger seien befugt, eine vorzeitige Genehmigung der Schluſsverteilung mit Beschwerde anzufechten, K.Pr. S. 107.

in Betracht. Mit dem Schlusse des Termins sind alle Einwendungen ausgeschlossen.

Über erhobene Einwendungen ist ebenso zu entscheiden, wie über Einwendungen, die gegen ein Abschlagsverzeichnis erhoben werden; vgl. oben S. 355 ff. Es kann in dem Termine sofort verhandelt und die Entscheidung verkündet werden. Sind noch Ermittelungen nötig, die sich in dem Termine nicht beschaffen lassen, oder ist ein im Termine nicht erschienener Beteiligter zu hören, so kann das Verfahren schriftlich weiter geführt und die Entscheidung später erlassen werden. Jede Entscheidung, auch die verkündete, ist den dabei Beteiligten zuzustellen.

g) Nach Erledigung der Einwendungen (s. o. S. 355 ff.) berechnet der Verwalter die auf die einzelnen Gläubiger entfallenden Beträge und teilt ihnen die Beträge mit. Diese Mitteilung gehört aber nicht, wie die Mitteilung des Prozentsatzes bei der Abschlagsverteilung, zur Perfektion des Verteilungsverfahrens; vielmehr haben die in dem Schlufsverzeichnisse berücksichtigten Gläubiger Ansprüche gegen die Gläubigerschaft auf die aus dem Massebestand sich ergebende Dividende von dem Zeitpunkt an, wo das Schlufsverzeichnis endgültig festgestellt ist. Über die Verwirklichung dieser Ansprüche s. unten S. 374 Ziff. 9 litt. a.

5. (Nachzügler.) Ein Gläubiger, dessen Forderung bei einer Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt worden ist, kann nachträglich die bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse verlangen, soweit diese reicht und nicht infolge des Ablaufs einer Ausschlufsfrist für eine neue Verteilung zu verwenden ist, wenn er dem Verwalter die zur Berücksichtigung seiner Forderung erforderlichen Nachweise liefert (§ 155).

In Betracht kommen:

a) Gläubiger, die bei der Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt werden konnten, weil ihre untitulierten Forderungen noch nicht festgestellt waren und sie den Nachweis der Betreibung des Liquidationsprozesses innerhalb der früheren Ausschlufsfrist nicht geführt hatten (vgl. § 152). Diese können nachträglich den Nachweis der Betreibung des Liquidationsprozesses liefern.

b) Absonderungsberechtigte Konkursgläubiger, die bei der Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt werden konnten, weil sie weder den Verzicht auf die abgesonderte Befriedigung noch den erlittenen Ausfall noch den Betrieb der Veräufserung rechtzeitig nachgewiesen und den mutmafslichen Ausfall glaubhaft gemacht

haben (vgl. § 153). Diese können nachträglich einen der angeführten Umstände nachweisen oder glaubhaft machen.

c) Gläubiger, die bei der Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt werden konnten, weil ihre Forderungen noch nicht geprüft waren. Diese können nachweisen, dafs ihre Forderungen inzwischen geprüft und (bedingt oder unbedingt) zugelassen worden sind und dafs jetzt die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ihre Forderungen bei einer Verteilung zu berücksichtigen sind (vgl. §§ 152, 153).

Gläubiger, die bei der Abschlagsverteilung aus Versehen nicht berücksichtigt worden sind, können die Nachzahlung nicht verlangen, weil sie (im Gegensatze zu den ad litt. a bis c erwähnten Gläubigern) in der Lage waren, durch Einwendungen gegen das Verzeichnis ihre Berücksichtigung herbeizuführen.

Die Nachzügler können verlangen, dafs ihnen die früher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse vorneweg gezahlt werden. Zur Restmasse gehören auch die Beträge, die für die Masse frei geworden oder in die Masse zurückgeflossen sind[46]. Die Nachzügler können von der Restmasse nur verlangen, was nicht zur Befriedigung von Massegläubigern oder von Konkursgläubigern besseren Ranges erforderlich ist. Reicht die verfügbare Restmasse nicht zur Befriedigung aller Nachzügler aus, so können sie nicht die vollen Prozentsätze, sondern blofs die Verteilung der Restmasse nach Verhältnis ihrer Forderungen verlangen. Nachzügler besseren Ranges gehen den Nachzüglern minderen Ranges vor.

Die Nachzügler können nur Befriedigung aus einer Restmasse verlangen, die nicht zufolge des Ablaufs einer Ausschlufsfrist für eine neue Abschlagsverteilung oder für die Schlufsverteilung zu verwenden ist. Ist die Ausschlufsfrist für die Schlufsverteilung abgelaufen, so können sie überhaupt nichts mehr verlangen[47].

Die Nachzügler müssen daher dem Verwalter spätestens bis zum Ablaufe der Ausschlufsfrist für die Schlufsverteilung die erforderlichen Nachweise liefern; mit dem Ablaufe dieser Frist sind sie definitiv ausgeschlossen.

Die Nachzügler müssen die Nachzahlung von dem Verwalter ver-

---

[46] Vgl. unten S. 369 Ziff. 7, 370 f.

[47] Auch nicht bei einer Nachtragsverteilung, weil diese auf der Grundlage des Schlufsverzeichnisses erfolgt (§ 166 Abs. 1).

langen[48]; der Konkursverwalter hat ihnen die Nachzahlungen nicht von Amtswegen zu leisten, selbst wenn er etwa aus einer Ergänzung oder Berichtigung der Konkurstabelle ersieht, dafs eine Nachzahlung verlangt werden kann. Das Verlangen mufs, ebenso wie die erwähnten Nachweisungen, innerhalb der für die neue Verteilung laufenden Ausschlufsfrist erfolgen.

Verlangt ein Nachzügler rechtzeitig von dem Verwalter die Nachzahlung der bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse, so hat der Verwalter dieses Verlangen, soweit es begründet ist, zu berücksichtigen.

Korrekter Weise kann dies nur unter Beobachtung der für das Verteilungsverfahren bestehenden Vorschriften geschehen. Der Verwalter hat also ein Verzeichnis der beabsichtigten Nachzahlungen zu entwerfen und dieses Verzeichnis entweder mit dem Verzeichnis der nachfolgenden Abschlags- oder Schlufsverteilung zu verbinden, oder er hat eine besondere Abschlagsverteilung einzuleiten, für diese ein besonderes Verzeichnis zu entwerfen und mit diesem Verzeichnisse nach § 151 zu verfahren. Auf diese Weise wird den anderen Gläubigern und den Nachzüglern selbst Gelegenheit gegeben, Einwendungen gegen das Verzeichnis der beabsichtigten Nachzahlungen zu erheben. Würde der Konkursverwalter den Nachzüglern die früher festgesetzten Prozentsätze ohne förmliches Verteilungsverfahren (durch Auszahlung oder Hinterlegung) zuweisen, so hätten die konkurrierenden Gläubiger keine Gelegenheit, gegen die Berücksichtigung eines Nachzüglers Einwendungen zu erheben; ein Nachzügler befände sich daher in einer günstigeren Position, als ein Nichtnachzügler, da gegen dessen Berücksichtigung Einwendungen erhoben werden können. Auch könnte eine Befriedigung von Nachzüglern ohne förmliches Verteilungsverfahren zu einer auf reinem Zufall beruhenden Befriedigung führen, wenn mehrere Nachzügler vorhanden sind und die Restmasse nicht für alle reicht[49].

---

[48] Vgl. die Mot. S. 378.

[49] Vgl. Kohler, Lehrb. S. 581. — Die Mot. S. 378 scheinen anzunehmen, dafs die früher festgesetzten Prozentsätze den Nachzüglern ohne Verteilungsverfahren zugeteilt werden können; sie erklären aber eine Bekanntmachung nach Analogie des § 139 (jetzt § 151) für „nicht unzulässig, wenn die augenblicklich disponible Masse für eine neue allgemeine Verteilung nicht ausreichen und eine solche füglich nicht abzuwarten sein sollte, zugleich aber die Besorgnis vorliegt, auf die Restmasse nicht präkludierte Massegläubiger zu verkürzen". Den Motiven schlossen sich die Kommentare an.

Zahlt der Konkursverwalter ohne förmliches Verteilungsverfahren einem Nachzügler einen Betrag aus der Restmasse aus, so läuft er Gefahr, dafs die in der Schlufsrechnung eingesetzte Zahlung beanstandet, und dafs er von einem konkurrierenden Gläubiger oder von dem Gemeinschuldner auf Schadensersatz belangt wird, während er bei Beobachtung der Formen des Verteilungsverfahrens gegen die Beanstandung der Zahlung und gegen Ersatzansprüche gedeckt ist. Allerdings erwachsen ihm aus einem inkorrekten Vorgehen keine Nachteile, wenn niemand dadurch geschädigt wird.

Zu einer Nachzahlung kann der Konkursverwalter nur auf demselben Wege veranlafst werden, wie zu einer Verteilung überhaupt; der Nachzügler kann also bei dem Konkursgerichte beantragen, dafs es vermöge seiner Aufsichtsgewalt den Verwalter anhalte, die Initiative zu einer Verteilung zu ergreifen[50]. Wenn das Verteilungsverfahren begonnen ist und das Verlangen des Nachzüglers in dem Verzeichnisse nicht berücksichtigt ist, kann er im Wege der Einwendungen die gerichtliche Kognition herbeiführen. Erst aus dem festgestellten Verzeichnis entsteht der Anspruch auf Nachzahlung gegen die Gläubigerschaft[51].

6. Unabhängig von dem Verteilungsverfahren kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen leisten (§ 170).

Unter bevorrechtigten Gläubigern sind hier nur die Gläubiger der in § 61 Nr. 1 bis 5 aufgeführten Forderungen zu verstehen; nicht die Gläubiger, deren besserer Rang sich erst aus § 226 ergiebt.

Ein Recht auf solche Zahlungen haben aber die bevorrechtigten Gläubiger nicht[52]. Sie können den Verwalter nicht zwingen, sie abseits von den Verteilungen zu befriedigen, und zwar auch dann nicht, wenn das Gericht den Verwalter dazu ermächtigt hat.

Die Ermächtigung ist von dem Verwalter bei dem Konkursgerichte zu beantragen. Ein privilegierter Gläubiger kann den Verwalter dazu bestimmen, um die Ermächtigung nachzusuchen; er kann auch das Konkursgericht als die Behörde, unter deren Aufsicht der

---

[50] Vgl. oben S. 346 Ziff. 2.

[51] A.M.: Oetker, Grundbegr. I S. 516, der den Nachzüglern schon vorher eine Klage gegen den Verwalter geben will.

[52] Vgl. Mot. S. 373.

Verwalter steht (§ 83), angehen, dafs das Gericht den Verwalter anweise, um die Ermächtigung nachzusuchen; aber der privilegierte Gläubiger ist nicht legitimiert, selbst bei dem Konkursgerichte zu beantragen, dafs dieses dem Verwalter die Ermächtigung zur Leistung jener Zahlungen erteile. Würde ein Gläubiger einen derartigen Antrag stellen, so müfste ihn das Gericht ohne Prüfung der sachlichen Berechtigung wegen Mangels der Legitimation zur Antragstellung zurückweisen.

Der Verwalter hat bei dem Antrag auf Erteilung der Ermächtigung anzugeben, welche bevorrechtigte Forderungen er aufserhalb des Verteilungsverfahrens bezahlen will. Das Gericht hat auf Grund der Tabelle zu prüfen, ob diese Posten festgestellt sind und ob die Zahlung ohne Gefährdung anderer besser oder gleich berechtigter Gläubiger erfolgen kann. Auch die Zweckmäfsigkeitsfrage unterliegt der gerichtlichen Kognition.

Gegen die Entscheidung, welche den Antrag des Verwalters auf Erteilung der Ermächtigung ablehnt, steht diesem die sofortige Beschwerde zu. Nicht den beteiligten bevorrechtigten Gläubigern, weil sie kein Recht darauf haben, aufserhalb der Verteilungen befriedigt zu werden. Gegen die Entscheidung, welche die Ermächtigung erteilt, steht denjenigen Gläubigern die sofortige Beschwerde zu, welche ein besseres oder ein gleiches Vorrecht haben und durch die Auszahlung gefährdet werden[58]. Sind besser oder gleich berechtigte Gläubiger vorhanden, so ist ihnen die Entscheidung zuzustellen behufs Eröffnung der Beschwerdefrist.

Die Ermächtigung des Gerichts deckt den Verwalter in Ansehung der auf Grund der Ermächtigung geleisteten Zahlungen, wie sonst das festgestellte Verteilungsverzeichnis.

Leistet der Verwalter ohne Ermächtigung des Gerichts Zahlungen an bevorrechtigte Gläubiger unabhängig von den Verteilungen, so ist er der Gläubigerschaft und den einzelnen Gläubigern für den Schaden verantwortlich.

Auch kann der Verwalter oder sein Nachfolger in der Verwalterstellung als Organ der Gläubigerschaft von den Zahlungsempfängern dasjenige, was sie zufolge des ordnungswidrigen Vorgehens des

---

[58] Vgl. v. Wilmowski § 157 N. 1, Petersen u. Kleinfeller § 157 N. 1. Dagegen versagt Oetker, Grundbegr. I S. 493 jede Beschwerde gegen die den Antrag abweisende oder ihm stattgebende Entscheidung, weil diese ein Administrativdekret sei; vgl. oben S. 122 N. 16.

Verwalters erhalten haben, als ungerechtfertigte Bereicherung kondizieren, soweit die bei der Zahlung unterstellte bevorrechtigte Verbindlichkeit nicht bestand, oder soweit die Konkursmasse nicht ausreicht, die gleich oder besser berechtigten zu befriedigen (arg. § 812 B.G.B.). Die Zahlung, die ein bevorrechtigter Gläubiger auf seine zu Recht bestehende Forderung, obgleich nicht auf dem ordnungsmäfsigen Weg, erhalten hat, ist keine ungerechtfertigte Bereicherung, wenn die Konkursmasse zur Deckung der Forderungen mit besserem oder gleichem Vorrechte ausreicht und kann daher nicht kondiziert werden.

Den einzelnen Gläubigern steht gegen die Zahlungsempfänger überhaupt kein Anspruch auf Herausgabe der etwaigen Bereicherung zu; denn die Zahlung ist aus dem Vermögen der Gläubigergemeinschaft geleistet und daher (wenn ungerechtfertigt) auch zu diesem Vermögen zurückzuerstatten[54]. Dafs der einzelne Gläubiger Schadensersatz von dem Verwalter beanspruchen kann, ist eine Sache für sich.

7. (Nachtragsverteilungen.) Ergiebt sich vor dem Vollzuge der Schlufsverteilung, d. i. bevor der Konkursverwalter den in dem Schlufsverzeichnisse berücksichtigten Gläubigern die Berechnung der bei der Schlufsverteilung auf sie entfallenden Beträge mitgeteilt hat, eine Mehrung der für die Verteilung verfügbaren Bestände, so hat der Konkursverwalter bei der Berechnung die Mehrung zu berücksichtigen, also mitzuverteilen. Es kann aber sein, dafs ein zur Konkursmasse gehörender Betrag erst nach dem Beginne des Vollzugs der Schlufsverteilung, d. i. nach der erwähnten Mitteilung[55], verfügbar wird; dann erfolgt eine Nachtragsverteilung (§ 166).

Die einzelnen Anlässe zu einer Nachtragsverteilung sind folgende:

a) ein Konkursgläubiger, für dessen bestrittene Forderung ein Betrag zurückbehalten wurde (vgl. die §§ 152, 168 Nr. 1), unterliegt im Liquidationsprozesse oder er zieht seine Anmeldung zurück; dann wird der hinterlegte Betrag für die Konkursmasse, d. i. für die anderen Gläubiger frei; auch hat der unterliegende Konkursgläubiger der Konkursmasse die Prozefskosten zu er-

---

[54] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 493.

[55] Vgl. v. Wilmowski § 153 N. 1 Abs. 2, Endemann S. 565, Oetker, Grundbegr. I S. 417. A.M.: Stieglitz § 153 N. III.

statten, wenn der Prozefs mit dem Verwalter als dem Opponenten geführt worden ist[56];

b) es fällt die aufschiebende Bedingung einer Konkursforderung aus, für die durch Hinterlegung der Konkursdividende Sicherheit geleistet worden ist (vgl. §§ 154, 168 Nr. 2); dann wird der hinterlegte Betrag für die Konkursmasse frei;

c) die aufschiebende Bedingung einer Konkursforderung, die der Gläubiger gegen eine zur Masse gehörende Forderung des Gemeinschuldners aufrechnen will, fällt aus, nachdem zur Sicherung der Aufrechnung eine Hinterlegung stattgefunden hat (vgl. §§ 54 Abs. 3, 171)[57]; dann wird der hinterlegte Betrag für die Konkursmasse frei;

d) es tritt die auflösende Bedingung einer Konkursforderung ein, für die die Konkursdividende zurückbehalten worden ist, weil der Gläubiger die Sicherheit nicht geleistet hat, zu deren Leistung er verpflichtet ist (vgl. § 168 Nr. 4); dann wird der hinterlegte Betrag für die Konkursmasse frei;

e) der Gläubiger einer bestrittenen, aber titulierten Forderung (§ 146 Abs. 6), deren Konkursdividende ausbezahlt worden ist, weil die Forderung noch nicht im Streite befangen war (vgl. §§ 152 mit § 168 Nr. 4), unterliegt im Liquidationsprozesse; er hat an die Gläubigerschaft das Empfangene herauszugeben;

f) die Feststellung einer Forderung, auf die eine Konkursdividende ausbezahlt worden ist (vgl. § 152), wird nachträglich durch eine Wiederaufnahmeklage angefochten[58] und zufolge der Klage aufgehoben; der Verwalter kann die Zurückerstattung des Geleisteten zur Konkursmasse verlangen;

g) die auflösende Bedingung einer Konkursforderung tritt ein, nachdem darauf Konkursdividende ausbezahlt (vgl. § 66) oder nachdem die Konkursforderung gegen eine zur Masse gehörende Forderung des Gemeinschuldners aufgerechnet worden ist. Im ersten Fall hat der Empfänger an die Gläubigerschaft das Empfangene zurückzuerstatten; im zweiten Fall wird die Aufrechnung unwirksam (arg. § 158 Abs. 2 B.G.B.); der Verwalter kann die wieder auflebende Forderung des Gemeinschuldners gegen den Schuldner geltend machen;

h) es ist sonstwie Jemanden etwas aus der Konkursmasse

---

[56] Vgl. oben S. 278.
[57] Vgl. oben S. 231 litt. b.
[58] Vgl. oben S. 267 litt. c.

geleistet worden, was er nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat. Z. B.: der Konkursverwalter hat irrtümlich einem Massegläubiger oder einem Konkursgläubiger mehr bezahlt als ihm gebührt;

i) bei der Schlufsverteilung war noch ein Prozefs über einen zur Aktivmasse gehörenden Gegenstand anhängig, der nachträglich für die Gläubigerschaft gewonnen wird[59];

k) es wird ein nach der Schlufsverteilung oder nach der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörender Gegenstand (eine Sache oder ein Recht) ermittelt, von dessen Vorhandensein in der Konkursmasse der Konkursverwalter nichts gewufst hat (§ 166 Abs. 2)[60]. Ist ein zur Konkursmasse gehörender Gegenstand vor oder bei der Beendigung des Verfahrens vom Verwalter oder von der Gläubigerversammlung aus der Konkursmasse freigegeben worden, so kann von einer nachträglichen Ermittelung selbst dann nicht die Rede sein, wenn die Freigabe auf Irrtum in den Beweggründen (z. B. auf der irrtümlichen Annahme einer Belastung mit Sachobligationen) beruht. Nur wenn die Freigabe von dem Verwalter nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts wegen Irrtums, wegen arglistiger Täuschung oder wegen Bedrohung (§§ 119, 123 B.G.B.) angefochten ist, ist sie als nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 B.G.B.), und in diesem Falle mufs der freigegebene Gegenstand als ein nachträglich ermittelter Bestandteil der Masse behandelt werden.

Die Nachtragsverteilung ist von dem Gericht auf Antrag oder von Amtswegen anzuordnen, wenn die Voraussetzungen dazu vor-

---

[59] Es kann insbesondere vorkommen, dafs bei der Schlufsverteilung ein darauf bezüglicher Vorbehalt gemacht wurde; vgl. R.G.Entsch. XXVIII S. 68 ff.

[60] Dies trifft auch zu, wenn der Konkursverwalter zwar die Existenz des betreffenden Gegenstandes kannte, aber der irrtümlichen Ansicht war, dafs der Gegenstand bereits mit einem anderen veräufsert worden sei. Vgl. R.G.Entsch. XXV Nr. 2 S. 7 ff. — Daraus, dafs der nachträglich ermittelte Gegenstand nicht aufgehört hat, zur Konkursmasse zu gehören, folgt, dafs ein einzelner Gläubiger keine Zwangsvollstreckung in den Gegenstand mit Wirksamkeit gegen die Konkursmasse betreiben, also auch durch eine Zwangsvollstreckung kein Absonderungsrecht erwerben kann. Vgl. R.G.Entsch. XXV Nr. 2 S. 11.

Die nachträgliche Ermittelung der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung kann keinen Anlafs zu einer Nachtragsverteilung geben; denn mit der Aufhebung des Konkursverfahrens steht das Anfechtungsrecht wieder den einzelnen Gläubigern zu (arg. § 13 Abs. 4 Anf.Ges.).

handen sind. Gewöhnlich wird der Anstofs zu einer Nachtragsverteilung von dem Verwalter ausgehen, aber auch ein anderer Beteiligter kann eine Nachtragsverteilung anregen. Wird von dem Verwalter oder von einem anderen Beteiligten ein förmlicher Antrag auf Anordnung einer Nachtragsverteilung schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt, so mufs das Gericht eine Entscheidung treffen. Die abweisende Entscheidung ist dem Antragsteller zuzustellen und kann von ihm mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (arg. § 73 Abs. 3). Die Anordnung einer Nachtragsverteilung ist jedenfalls dem Konkursverwalter zuzustellen; ihm steht dagegen die sofortige Beschwerde zu[61]. Zweifelhaft ist, ob sie auch dem Gemeinschuldner zuzustellen ist und ob dieser das Beschwerderecht hat. Da der Gemeinschuldner insofern beteiligt erscheint, als durch Anordnung der Nachtragsverteilung ausgesprochen wird, dafs ein gewisser Gegenstand zur Konkursmasse, nicht zum freien Vermögen des Gemeinschuldners gehört, dürfte man ihn als beteiligt erachten. Keinesfalls steht einem einzelnen Konkursgläubiger ein Beschwerderecht zu.

Die Nachtragsverteilung ist eine Fortsetzung der Schlufsverteilung. Es wird kein neues Verteilungsverzeichnis angefertigt, sondern das Schlufsverzeichnis mit den Änderungen, die der Verwalter gemäfs § 157 oder das Gericht zufolge erhobener Einwendungen vorgenommen hat, zu Grunde gelegt. Daher kann kein Konkursgläubiger berücksichtigt werden, der nicht in dem Verzeichnisse steht. Auch Nachzügler, die nach der Schlufsverteilung die zur Berücksichtigung ihrer Forderung nötigen Nachweise liefern können, erhalten nichts aus dem Restbestrage. Dagegen sind Massegläubiger aus dem Restbetrage zu befriedigen, soweit ihre Ansprüche dem Konkursverwalter bis zur Bekanntmachung der Nachtragsverteilung bekannt geworden sind (arg. § 172).

Die Nachtragsverteilung fällt dem Verwalter zu, welcher die Schlufsverteilung besorgte. Es kann ihm dafür ein besonderes Honorar bewilligt werden. Ist der alte Verwalter nicht mehr zu haben, so ist ein neuer Verwalter ad hoc von dem Gerichte zu ernennen[62].

---

[61] Fitting § 43 N. 6 und Oetker, Grundbegr. I S. 419 halten die Ablehnung des Antrags und die Anordnung einer Nachtragsverteilung für unanfechtbar; jener, weil sie vom Ermessen des Gerichts abhänge; dieser, weil die Entscheidung ein Administrativdekret sei. Vgl. oben S. 122 N. 16.

[62] Vgl. die Mot. S. 386.

Der Verwalter hat den zur Nachtragsverteilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen (arg. § 151 vgl. a. § 172 ad voc.: „bis zu der Bekanntmachung einer Nachtragsverteilung"). Da kein neues Verteilungsverzeichnis angefertigt wird, erfolgt keine neue Niederlegung, daher beginnt auch mit jener Bekanntmachung keine neue Ausschlufsfrist.

Der Verwalter hat dem Gerichte Rechnung über die Verwaltung und Verteilung derjenigen Gegenstände und Beträge abzulegen, welche bei der Nachtragsverteilung in Betracht kommen; dem Gerichte liegt die Prüfung der Rechnung ob (§ 166 Abs. 1 Satz 2), da die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschufs nicht mehr als Organe der Gläubigerschaft funktionieren. Das Gericht kann als Aufsichtsbehörde gegen den Verwalter einschreiten (§§ 83, 84), wenn dieser keine Rechnung stellt oder vom Gericht erhobene Monita nicht erledigt. Aber den bei der Nachtragsverteilung beteiligten Gläubigern bleibt überlassen, auf dem Rechtswege gegen den Verwalter vorzugehen, wenn sie durch pflichtwidriges Verhalten des Verwalters geschädigt worden sind.

Wenn alle bei dem Verfahren beteiligten Konkursgläubiger befriedigt sind, findet keine Nachtragsverteilung statt. Die Gegenstände, die für eine solche in Betracht kämen, sind durch die vollständige Befriedigung der konkurrierenden Gläubiger pfandfrei geworden und stehen zur Verfügung des (ehemaligen) Gemeinschuldners.

8. Besondere Arten von Nachtragsverteilung finden in dem Konkurs über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft statt.

a) In einem solchen Konkurse hat der Verwalter, sobald mit dem Vollzuge der Schlufsverteilung begonnen ist, die Nachschufsberechnung aufzustellen[68]. Er hat ferner, nachdem die Nachschufsberechnung für vollstreckbar erklärt ist, unverzüglich (vgl. § 121 B.G.B.) den im Vorschufsverfahren eingezogenen Bestand und, so oft von den auf Grund der Nachschufsforderung eingezogenen Beträgen ein hinreichender Bestand eingegangen ist, diesen im Wege der Nachtragsverteilung (§ 166 K.O.) unter die Gläubiger zu verteilen (§ 115 Gen.Ges.). Die Grundlage der Verteilung bildet auch hier das Schlufsverzeichnis; denn die Konkursgläubiger können nur wegen ihrer bei der Schlufsverteilung berücksichtigten Forderungen Be-

[68] Vgl. oben S. 333 litt. c.

friedigung aus den Nachschüssen verlangen (arg. § 105 Abs. 1 Gen.Ges.).

b) Aufser dieser Nachtragsverteilung giebt es in dem Konkurs über das Vermögen einer Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschufspflicht noch eine andere Nachtragsverteilung, nämlich die Verteilung derjenigen Beiträge, welche gemäfs §§ 128, 129 Gen.Ges. von den ausgeschiedenen Genossen eingezogen sind[64]. Hat eine solche Verteilung stattgefunden, so kann es auch zu einer Rückverteilung an die Ausgeschiedenen kommen, wenn nachträglich von den vor ihnen haftenden, in der Genossenschaft verbliebenen Genossen die von ihnen geschuldeten Beträge eingegangen und für die Genossenschaftsgläubiger verwendet worden sind.

9. a) Der Vollzug einer jeden Verteilung besteht in der Zahlung oder Zurückbehaltung der Dividende. Der Vollzug erfolgt stets durch den Konkursverwalter (§ 167). Die einzelnen Konkursgläubiger haben auf Grund des festgestellten Verteilungsverzeichnisses einen Anspruch auf die Konkursdividende gegen die Gläubigerschaft. Das Verteilungsverfahren ist die Auseinandersetzung der Gemeinschaft. Aus der Auseinandersetzung erwirbt der einzelne Gemeinschafter einen Anspruch auf Herausgabe seines bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteils an dem Gemeinschaftsvermögen. Der Anspruch richtet sich gegen die Gläubigerschaft. Diese schuldet den einzelnen Konkursgläubigern die Dividende. Der Anspruch ist gegen den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft geltend zu machen. Wenn der Verwalter die Dividende nicht auszahlt oder hinterlegt, so können sich die Gläubiger an das Konkursgericht wenden und dieses veranlassen, als Aufsichtsbehörde gegen den Verwalter einzuschreiten (§§ 83, 84). Den Gläubigern steht aber auch der Rechtsweg offen[65]. Jeder einzelne Gläubiger kann gegen den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft auf Zahlung oder auf Hinterlegung der Dividende klagen und das Urteil in die vorhandenen Barbestände vollstrecken lassen. Es kann aber auch jeder Gläubiger gegen den Verwalter persönlich auf Schadensersatz klagen, soweit er durch pflichtwidriges Verhalten des Verwalters, z. B. durch Veruntreuung von Massebeständen, geschädigt ist (arg. § 82).

---

[64] Vgl. oben S. 334 Abs. 2.

[65] Vgl. v. Wilmowski § 147 N. 3, Oetker, Grundbegr. I S. 201 Ziff. I Abs. 2.

Gesetzlicher Erfüllungsort für die Leistung der Dividende ist der Ort, wo die Konkursverwaltung geführt wird (arg. § 269 Abs. 1 B.G.B.). Obwohl die Leistung in Geld besteht, ist der Verwalter nicht verpflichtet, das Geld auf Gefahr und Kosten der Gläubigerschaft den Gläubigern an deren Wohnort zu übermitteln; denn dadurch würden der Gläubigerschaft Kosten erwachsen, die sich nicht im Voraus sicher berechnen lassen und die deswegen in die vorausgehende Schlufsrechnung nicht eingesetzt werden könnten[66].

Ist eine Rechtsnachfolge bezüglich der Forderung eingetreten, so hat sich der Rechtsnachfolger als solcher zu legitimieren[67].

b) Hat der Konkursverwalter irrtümlich jemanden mehr ausbezahlt oder durch Hinterlegung zugeteilt, als ihm nach dem rektifizierten Verteilungsverzeichnisse zukommt, so kann er das zuviel geleistete kondizieren und bei der Schlufsverteilung, eventuell bei einer Nachtragsverteilung, für die andern Gläubiger verwenden. Dagegen kann er nicht kondizieren, was den im Verzeichnisse berücksichtigten Gläubigern zugeteilt ist, auch wenn das Verzeichnis fehlerhaft war; denn das festgestellte Verzeichnis ist im Verhältnisse zwischen den einzelnen Gläubigern und der Gläubigerschaft mafsgebend. Nur, wenn die in der Konkurstabelle eingetragene Feststellung einer Forderung angefochten und beseitigt ist[68], ist die Rückforderung des Geleisteten möglich, weil durch die Beseitigung jener Feststellung dem auf Grund der Tabelle angefertigten Verzeichnisse die Unterlage entzogen ist.

Eine andere Frage ist, ob nach der Beendigung des Konkurses ein Konkursgläubiger, der irrtümlich in dem Verzeichnisse nicht berücksichtigt worden ist[69], von den berücksichtigten Gläubigern die Herausgabe derjenigen Beträge verlangen kann, welche sie zufolge seiner Nichtberücksichtigung zuviel erhalten haben. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob dem festgestellten Teilungsverzeichnisse die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung im Verhältnisse der Einzelgläubiger zu einander zukommt oder nicht. In der K.O. ist nirgends ausgesprochen, dafs dem Ver-

---

[66] § 270 B.G.B. giebt nur eine Auslegungsregel, die aus dem im Text angegebenen Grunde hier nicht zutreffen dürfte.

[67] Vgl. §§ 410, 412, 2353 B.G.B.

[68] Vgl. oben S. 267 litt. c.

[69] Z. B.: Eine angemeldete Forderung wurde versehentlich nicht geprüft und nicht in die Tabelle eingetragen, daher auch nicht in dem Verzeichnisse berücksichtigt.

zeichnis eine derartige Wirkung zukomme. Man wird daher annehmen dürfen, dafs das Verteilungsverzeichnis einer condictio nicht grundsätzlich im Wege steht[70].

Auch eine condictio von Seite des Gemeinschuldners ist möglich, sofern er die Forderung im Prüfungstermin oder im Restitutionsweg (§ 165) ausdrücklich bestritten hat.

c) In der Regel ist die Dividende dem Gläubiger auszuzahlen. Ist eine der Voraussetzungen des § 372 B.G.B. gegeben, so kann der Verwalter den zu zahlenden Betrag bei einer dazu bestimmten öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegen. Die Wirkungen einer solchen Hinterlegung bestimmen sich nach dem bürgerlichen Recht (vgl. §§ 376 bis 382 B.G.B.).

d) Nicht auszuzahlen, sondern zurückzubehalten ist die Dividende:

α) auf Forderungen, die infolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind (§ 168 Nr. 1). Dies gilt sowohl für untitulierte, wie für titulierte Forderungen (§ 146 Abs. 6). Jene werden überhaupt nur berücksichtigt, wenn der Gläubiger den in § 152 geforderten Nachweis rechtzeitig geführt hat[71]. Diese werden stets berücksichtigt, solange der Opponent den Titel der Forderung nicht in dem zur Verfolgung seines Widerspruchs betriebenen Verfahren rechtskräftig beseitigt hat[72]; aber die Dividende wird zurückbehalten, solange das von dem Opponenten betriebene Verfahren nicht durch eine rechtskräftige,

---

[70] Vgl. die Mot. S. 247, v. Wilmowski § 150 N. 2 Abs. 3, Kohler, Lehrb. S. 578 ff., R.G. 13. März 1889 Jur.W.Schr. 1889 S. 179, R.G. 29. Sept. 1890 in d. Jur.W.Schr. 1890 S. 411. — Abweichend: R.G. 22. Okt. 1885 in S.A. XLI Nr. 272, auch citiert in Beitr. z. E. d. D.R. XXXIV S. 986. — Für die im Texte vorgetragene Ansicht spricht, dafs auch der in einem Teilungsverfahren nach §§ 872 bis 882 C.Pr.O. zustande gekommene Teilungsplan die condictio eines Gläubigers gegen einen anderen unter Umständen nicht ausschliefst (arg. § 878 Abs. 2); vgl. R.G. 15. Mai 1891 in S.A. XLVII Nr. 83, 30. April 1897 Entsch. XXXIX Nr. 93 S. 379, O.L.G. Köln in Ztschr. f. d. C.Pr. VII S. 113, O.L.G. Stuttgart in S.A. XLII Nr. 81. Ferner, dafs nach ständiger Rechtsprechung ein Betrag, der im preufsischen erbschaftlichen Liquidationsverfahren oder im Subhastationsverfahren einem Beteiligten unter Verletzung des materiellen Rechts zugeteilt worden ist, durch die Benachteiligten zurückgefordert werden kann. Vgl. preufs. O.Trib.Entsch. VI S. 399, LXXIX S. 156, Striethorst Arch. f. Rechtsfälle etc. VII S. 72, XLI S. 145, LIX S. 159, XC S. 208, R.O.H.G.Entsch. VII S. 163, R.G. 24. April 1890 in Beitr. z. E. d. D.R. XXXIV S. 984 ff. und in Jur.W.Sch. 1890 S. 196.

[71] Vgl. oben S. 349 litt. γ, S. 352 litt. α.

[72] Vgl. oben S. 349 litt. β.

die Opposition zurückweisende Entscheidung erledigt ist. Haben mehrere Personen Widerspruch gegen die titulierte Forderung erhoben, so genügt es, wenn der Widerspruch von einem der Opponenten verfolgt wird. Die Verfolgung des Widerspruchs durch den Opponenten hat dieser dem Verwalter nachzuweisen. Diese Nachweisung ist nicht an die Ausschlufsfrist gebunden.

Die auf eine festgestellte Forderung entfallende Dividende ist auch dann nicht zu hinterlegen, sondern auszuzahlen, wenn der Verwalter deren nachträgliches Erlöschen im Wege der Widerspruchsklage (§ 767 C.Pr.O.) geltend gemacht hat; doch kann das Prozefsgericht auf Antrag des Verwalters anordnen, dafs bis zur Erlassung des Urteils über die in der Widerspruchsklage geltend gemachte Einwendung die Auszahlung der Konkursdividende sistiert oder nur gegen Kaution geleistet werde (arg. § 769 Abs. 1 C.Pr.O.). In dringenden Fällen kann das Konkursgericht die in § 769 Abs. 2 C.Pr.O. zugelassene Anordnung treffen[78];

β) auf aufschiebend bedingte Forderungen, solange die Bedingung nicht erfüllt ist (§ 168 Nr. 2). Bei der Schlufsverteilung kann dies nur vorkommen, wenn die Möglichkeit des Bedingungseintritts nicht so entfernt ist, dafs die Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat (arg. § 154 Abs. 2);

γ) auf Forderungen, für die eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 153 Abs. 2 genügt ist (§ 168 Nr. 3). Das kann nur bei einer Abschlagsverteilung vorkommen, da bei der Schlufsverteilung die Forderung eines Absonderungsberechtigten blofs berücksichtigt wird, wenn entweder der Verzicht auf das Absonderungsrecht oder ein bei der abgesonderten Befriedigung erlittener Ausfall nachgewiesen ist;

δ) auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet (§ 168 Nr. 4). Ob der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Dafs eine solche Verpflichtung besteht, hat der Verwalter zu beweisen;

ε) in dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesell-

---

[78] Vgl. v. Wilmowski § 155 N. 1 Abs. 4, Oetker, Grundbegr. I S. 374 Abs. 2. — Dagegen hat das R.G. in Entsch. XXI S. 339 beiläufig die Ansicht aufgesprochen, dafs der Verwalter, der die Widerspruchsklage aus § 767 C.Pr.O. erhoben hat, ohne weiteres befugt sei, die Dividende zurückzubehalten.

schaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien sind, wenn auch das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, bei allen Verteilungen die Anteile, welche auf die Gesellschaftsforderungen entfallen, zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht (§ 212 Abs. 2)[74];

ζ) in dem Konkursverfahren über das Vermögen des Erben sind, wenn auch über den Nachlafs das Konkursverfahren eröffnet oder wenn eine Nachlafsverwaltung angeordnet ist, die auf Nachlafsgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, bei einer Abschlagsverteilung nach § 153 Abs. 2 entfallenden Dividenden zurückzubehalten (§ 234 Abs. 1 mit § 168 Nr. 3)[75].

Das Gleiche gilt, wenn eine Ehefrau die Erbin ist und der Nachlafs zum Gesamtgut gehört, auch in dem Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemanns (§ 234 Abs. 2)[76].

Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft findet das unter litt. ζ Abs. 1 Gesagte in dem Konkursverfahren über das Vermögen des überlebenden Ehegatten entsprechende Anwendung auf die Gesamtgutsgläubiger, deren Forderungen schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestanden, wenn auch über das Gesamtgut das Konkursverfahren eröffnet oder eine Gesamtgutsverwaltung angeordnet ist (§ 236 Abs. 1)[77].

η) In einem Genossenschaftskonkurse sind bei der Nachtragsverteilung, in welcher die im Umlageverfahren von den Genossen eingezogenen Beträge an die Konkursgläubiger verteilt werden, aufser den in § 168 K.O. bezeichneten Forderungen zurückzubehalten die Anteile auf Forderungen, welche im Prüfungstermine oder im Wege des Restitutionsverfahrens (§ 165 K.O.) von dem Vorstande der Genossenschaft ausdrücklich bestritten worden sind (§ 115 Abs. 2 Satz 1 Gen.Ges.). Das erklärt sich daraus, dafs die Verteilung der aus den Nachschüssen erzielten Beträge der Sache nach einer nach der Aufhebung des Konkurses erfolgten Leistung des Gemeinschuldners ähnlich ist. Gleichwie die im Konkurs erfolgte Feststellung keinen Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner bildet, wenn dieser die Forderung im Prüfungstermin bestritten hat (arg. a contr. § 164 Abs. 2 K.O.), so soll auch die Feststellung im Konkursverfahren keine Unterlage

[74] Vgl. oben S. 44 Abs. 4, S. 45.
[75] Vgl. oben S. 46 Abs. 2.
[76] Vgl. oben S. 46 Abs. 3.
[77] Vgl. oben S. 47 Abs. 2.

für die Auszahlung von Beträgen bilden, die im Umlageverfahren eingezogen worden sind.

Dem Gläubiger bleibt überlassen, durch Klage gegen die Genossenschaft, vertreten durch ihren Vorstand oder die Liquidatoren, den Widerspruch zu beseitigen (§ 115 Abs. 2 Satz 2 Gen.Ges.). Die Klage ist eine Leistungsklage, denn sie geht darauf, dafs die Genossenschaft verurteilt werde, den Gläubiger zu befriedigen.

Wird die Klage abgewiesen, also der Widerspruch für begründet erklärt, so wird der für die bestrittene Forderung zurückbehaltene Betrag zur Verteilung unter die übrigen Gläubiger und, soweit er zu deren Befriedigung nicht erforderlich ist, zur Rückzahlung an die Genossen frei (§ 115 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Gen.Ges.).

Das Urteil hat aber keinen Einfluſs auf die Verteilungen aus der sonstigen Konkursmasse, es wirkt bloſs für die Nachschuſsmasse.

Wird der Klage stattgegeben, so erfolgt die Auszahlung des zurückbehaltenen Betrags an den Gläubiger.

Es kann sein, dafs ein Anteil aus dem doppelten Grunde zurückbehalten wurde, weil die Forderung infolge eines von dem Konkursverwalter oder von einem konkurrierenden Gläubiger erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen ist (§ 168 Nr. 1 K.O. und weil der Vorstand der Genossenschaft Widerspruch erhoben hat (§ 115 Abs. 2 Satz 1 Gen.Ges.). Überwindet der Gläubiger den Widerspruch des Konkursverwalters oder des Mitgläubigers, so nützt ihm das Urteil noch nichts im Verhältnisse zur Genossenschaft; er muſs erst noch den Widerspruch der Genossenschaftsorgane überwinden, um den zurückbehaltenen Betrag zu erlangen. Unterliegt aber der Gläubiger im Oppositionsprozesse gegenüber dem Verwalter oder dem Mitgläubiger, so wird die Klage zur Beseitigung des Widerspruchs der Genossenschaftsorgane gegenstandslos; denn jenes Unterliegen hat zur Folge, dafs der Gläubiger aus dem Schluſsverzeichnis entfällt. Dann kann er aber im Umlageverfahren nichts erhalten, weil diesem das Schluſsverzeichnis zu Grunde liegt, aus dem der Gläubiger jetzt gestrichen ist. Die in dem Prozesse mit der Genossenschaft ergehende Entscheidung präjudiziert dagegen der Entscheidung des Oppositionsprozesses mit dem Verwalter oder einem konkurrierenden Gläubiger nicht, weil es sich in jenem Prozesse nicht bloſs um die aus dem Umlageverfahren erzielten Beträge, sondern um die Befriedigung aus dem sonstigen Genossenschaftsvermögen handelt.

Ad litt. α bis η: Bei einer Forderung können mehrere Zurückbehaltungsgründe zusammentreffen.

e) Ein Streit darüber, ob ein Betrag auszuzahlen oder zurückzubehalten ist, ist zwischen dem Verwalter und dem Gläubiger im ordentlichen Prozefs auszutragen. Der Gläubiger kann auf Zahlung klagen, wenn der Verwalter den Betrag ohne gesetzlichen Grund zurückbehält. Auch eine Klage des Verwalters gegen den Gläubiger auf Feststellung des Zurückbehaltungsrechts ist unter den Voraussetzungen des § 256 C.Pr.O. möglich.

f) Die bei einer Abschlagsverteilung zurückbehaltenen Beträge verbleiben zunächst bei der gemeinen Masse; etwaige Zinserträgnisse wachsen dieser zu. Sind solche Beträge während des Vollzugs der Schlufsverteilung noch nicht zahlbar, aber auch nicht für die Masse frei geworden, so sind sie vom Verwalter nach Anordnung des Gerichts für die Beteiligten zu hinterlegen. Ebenso ist mit den bei der Schlufsverteilung oder bei einer Nachtragsverteilung zurückbehaltenen und mit denjenigen Beträgen zu verfahren, welche aus irgend einer Verteilung auszuzahlen, aber bis zum Ende des Vollzugs der Schlufs- oder der Nachtragsverteilung von den Gläubigern nicht erhoben worden sind (§ 169).

Das Gericht hat anzuordnen, wo und in welcher Weise die Hinterlegung erfolgen soll. Die Anordnung ist von Amtswegen zu erlassen. Sie erfolgt im Interesse der Beteiligten und des Verwalters. Diese können die Anordnung beantragen. Gegen die Abweisung des Antrags steht dem Antragsteller, gegen die Erlassung der Anordnung jedem Beteiligten die sofortige Beschwerde zu. Im Beschwerdeverfahren kann aber nicht entschieden werden, ob ein Betrag zurückzubehalten, sondern nur darüber, ob und wie die vorhandenen Beträge zu hinterlegen seien. Kraft seines Aufsichtsrechts hat das Konkursgericht den Verwalter zum Vollzuge der Anordnung anzuhalten.

Die Wirkungen dieser Hinterlegung sind nach Analogie der Vorschriften der §§ 375 bis 381 B.G.B. zu beurteilen[78]. Aus der

[78] Zur direkten Anwendung eignen sich diese Vorschriften nicht, weil für die Hinterlegung nach § 169 K.O. nicht die Voraussetzungen des § 372 B.G.B. vorliegen müssen, und weil die Hinterlegung auch bei einer anderen als der öffentlichen Hinterlegungsstelle, z. B. bei einer Bank, angeordnet werden kann. Die Anwendung im Wege der Analogie rechtfertigt sich aber daraus, dafs die Umstände, wegen deren nach § 169 K.O. die Hinterlegung anzuordnen ist, Zahlungshindernisse sind, die, wie die in § 372 B.G.B. aufgeführten, in der Person des Gläubigers oder in einer Ungewifsheit ihren Grund haben. Soweit sich aus dem § 372 B.G.B. die Befugnis des Schuldners zur Hinterlegung ergiebt, kann der Verwalter auch ohne gerichtliche Anordnung hinterlegen.

K.O. ist nur zu entnehmen, daſs die Hinterlegung für Rechnung der Beteiligten erfolgt, woraus sich ergiebt, daſs diese die Kosten und die Gefahr tragen und daſs ihnen die Zinsen zuwachsen. Auf das Recht zur Zurücknahme darf der Verwalter nur verzichten, wenn ein Betrag zur Auszahlung an den Gläubiger gereift ist. Von diesem Zeitpunkt an kann der Gläubiger vom Verwalter die Zustimmung zur Auszahlung verlangen.

10. Der Schluſstermin ist nicht bloſs zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schluſsverzeichnis, sondern auch zur Abnahme der Schluſsrechnung (§ 86) und zur Beschluſsfassung über die nicht verwertbaren Vermögensstücke bestimmt (§ 162). Daher ist der Schluſstermin auch dann abzuhalten, wenn thatsächlich nichts mehr zu verteilen ist, weil die Restmasse durch Nachzahlung von Dividenden (§ 155) oder durch Befriedigung von Massegläubigern erschöpft worden ist. Übrigens kann die Feststellung des Schluſsverzeichnisses auch wegen der etwaigen Nachtragsverteilungen nicht entbehrt werden.

Über die Legung der Schluſsrechnung, über die Einwendungen, die dagegen erhoben werden können und über die Verfolgung dieser Einwendungen ist oben S. 161 ff. gehandelt Soweit in dem Termin Einwendungen nicht erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt (§ 86 Satz 4); es kann also ein zur Erhebung von Einwendungen Berechtigter, der es versäumt hat, Einwendungen in dem Termine zu erheben, nicht nachträglich Ansprüche gegen den Verwalter geltend machen, die sich auf Unrichtigkeiten in der Schluſsrechnung stützen.

Über einen nicht verwertbaren, zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand (eine Sache oder ein Recht) kann die Gläubigerschaft mit einfacher Stimmenmehrheit (vgl. § 94 Abs. 2 Satz 1) beschlieſsen. Sie kann beschlieſsen, daſs dessen nachträgliche Verwertung versucht werde; dann ist ein weiterer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung nötig; in dem neuen Termine (der zu verkünden und daher nicht öffentlich bekannt zu machen ist) hat der Verwalter der Gläubigerversammlung über das Ergebnis der Verwertungsversuche zu berichten und eventuell die Schluſsrechnung zu ergänzen. Die Gläubigerversammlung kann auch beschlieſsen, daſs ein bisher nicht verwertbarer Gegenstand einem Konkursgläubiger gegen Anrechnung auf seine Konkursdividende übereignet werden soll, wozu natürlich die Zustimmung dieses Gläubigers nötig ist. Sie kann ferner beschlieſsen, daſs sie auf das durch die Konkurs-

eröffnung entstandene Pfandrecht an dem nicht verwerteten Gegenstande verzichtet, wodurch der Gegenstand dem Gemeinschuldner freigegeben wird.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung über nicht verwertbare Gegenstände unterliegen dem Veto des Konkursgerichts nach Maſsgabe des § 99.

Wird über einen dem Konkursverwalter bekannten, bisher nicht verwerteten Gegenstand nichts beschlossen, so fällt derselbe mit der Aufhebung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zu. Anders verhält es sich mit Gegenständen, die erst nachträglich ermittelt werden; in Ansehung solcher Gegenstände dauert das mit der Konkurseröffnung entstandene Pfandrecht fort, woraus sich die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung bei späterer Ermittelung und Verwertung ergiebt (vgl. § 166 Abs. 2).

§ 52.

2. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach dem Schlufstermine.

1. Nach der Abhaltung des Schlufstermins beschliefst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens (§ 163 Abs. 1 Satz 1).

Der Schlufstermin ist abgehalten, wenn die Geschäfte, zu deren Vornahme der Schlufstermin bestimmt ist, erledigt sind. Es mufs die Schlufsrechnung abgelegt und den Beteiligten Gelegenheit gegeben sein, ihre Einwendungen gegen die Rechnung vorzubringen; dafs die Einwendungen erledigt werden, ist nicht erforderlich, da auf Grund der Einwendungen Ansprüche im Wege des ordentlichen Prozesses erhoben werden können[1]. Es mufs den Beteiligten Gelegenheit gegeben sein, Einwendungen gegen das Schlufsverzeichnis zu erheben; dafs über diese Einwendungen entschieden ist, ist nicht erforderlich, da der Termin nur zur Erhebung der Einwendungen bestimmt ist, während die Entscheidung nachträglich auf Grund eines weiteren schriftlichen Verfahrens erfolgen kann[2]. Endlich mufs den Beteiligten Gelegenheit gegeben

[1] Vgl. oben S. 162 Abs. 1.

[2] Vgl. oben S. 355 f., S. 364 Abs. 2, 3. — Abweichend von der im Texte vorgetragenen Ansicht hält v. Wilmowski § 151 N. 1 Abs. 2 die Aufhebung erst für zulässig, wenn die Einwendungen erledigt sind. Diese Annahme hängt mit der unten N. 3 erwähnten Ansicht zusammen, dafs die Aufhebung erst erfolgen könne, wenn die Schlufsverteilung vollzogen ist.

worden sein, über die nicht verwertbaren Gegenstände zu beschliefen; dafs ein Beschlufs gefafst wird, ist nicht erforderlich.

Können diese Geschäfte nicht alle in einem Termin erledigt werden, so ist ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen, mit der Aufhebung des Konkursverfahrens mufs bis nach Abhaltung dieses Termins gewartet werden.

Der Schlufstermin kann abgehalten werden, ohne dafs ein Gläubiger oder der Gemeinschuldner erschienen ist, aber nicht in Abwesenheit des Verwalters, da dieser die Schlufsrechnung in dem Termine zu legen hat. Ist der Verwalter nicht erschienen, so ist der Termin von Amtswegen zu vertagen. Der neue Termin ist zu verkünden, öffentliche Bekanntmachung ist nicht nötig (arg. § 218 C.Pr.O.).

Bevor der Schlufstermin abgehalten ist, kann die Aufhebung des Verfahrens nicht beschlossen werden. Ein Aufhebungsbeschlufs vor Abhaltung des Schlufstermins wäre nichtig.

Nach Abhaltung des Schlufstermins kann die Aufhebung des Verfahrens sofort beschlossen werden; es ist insbesondere nicht nötig, dafs die Schlufsverteilung schon vollzogen ist[3]; denn der Vollzug der Verteilung gehört nicht zu den im Schlufstermine zu erledigenden Geschäften, und die Schlufsrechnung kann vor der Verteilung abgenommen werden.

Aber das Gericht braucht die Aufhebung des Verfahrens nicht unmittelbar nach der Abhaltung des Schlufstermins zu beschliefsen. Es kann damit warten, bis über die gegen das Schlufsverzeichnis erhobenen Einwendungen rechtskräftig entschieden ist, da der Verwalter vorher die Verteilung doch nicht ohne Gefahr vollziehen kann[4].

Eine Anfechtung des Beschlusses, der die Aufhebung des Verfahrens ausspricht, findet nicht statt (§ 163 Abs. 1 Satz 2), weil der Beschlufs nur die formelle Konstatierung der mit der Schlufsverteilung eintretenden Beendigung des Verfahrens enthält und weder die Gläubiger, noch der Gemeinschuldner ein rechtliches Interesse an der Nichterlassung oder Hinausschiebung des Beschlusses haben[5].

---

[3] Vgl. Petersen u. Kleinfeller §§ 149 bis 152 N. III 1, v. Völderndorff § 151 N. a, Stieglitz § 151 N. I 1. A.M.: v. Wilmowski § 151 N. 1 Abs. 2, v. Sarwey u. Bossert § 151 N. 1 Ziff. 1, Fitting § 42 N. 21, Endemann S. 577.

[4] Vgl. K.Pr. S. 107.

[5] Vgl. Mot. S. 387, K.Pr. S. 107.

Der Beschluſs und der Grund der Aufhebung (hier: Schluſsverteilung) sind öffentlich bekannt zu machen (§ 163 Abs. 2). Die Bekanntmachung erfolgt durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; die Bekanntmachung kann auszugsweise geschehen. Sie ist auszugsweise in den Reichsanzeiger einzurücken. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes (§163 Abs. 3 mit § 111 Abs. 2 und § 76 Abs. 1).

Der Gerichtsschreiber hat beglaubigte Abschriften der Formel des Aufhebungsbeschlusses den in § 112 bezeichneten Registerbehörden und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzuteilen (§ 163 Abs. 3 mit § 112). Die Aufhebung ist in das Grundbuch einzutragen bei denjenigen Grundstücken, als deren Eigentümer der Gemeinschuldner zur Zeit der Aufhebung des Konkursverfahrens im Grundbuch eingetragen ist, und bei den für den Gemeinschuldner zu dieser Zeit noch eingetragenen Rechten, wenn die Konkurseröffnung eingetragen worden ist. Das Konkursgericht hat das Grundbuchamt von Amtswegen um die Eintragung zu ersuchen. Die Eintragung kann auch von dem Gemeinschuldner bei dem Grundbuchamte beantragt werden (arg. § 163 Abs. 3 mit § 113)[6].

Der Aufhebungsbeschluſs ist weder zu verkünden (auch nicht, wenn er im Schluſstermin erlassen werden konnte!), noch zuzustellen[7].

Der Beschluſs tritt in Wirksamkeit mit der öffentlichen Bekanntmachung, also mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes[8].

---

[6] Daſs der Gemeinschuldner die Eintragung bei dem Grundbuchamte beantragen kann, dürfte sich aus der entsprechenden Anwendung des § 113 Abs. 3 ergeben. Der Konkursverwalter kann nicht mehr als antragsberechtigt in Betracht kommen, da die Gläubigerschaft an der Eintragung der Aufhebung kein Interesse hat. Wohl aber hat der Gemeinschuldner ein Interesse daran.

[7] Der Abs. 3 des § 111 ist in § 163 Abs. 3 nicht angezogen.

[8] Vgl. v. Wilmowski § 151 N. 2, Petersen u. Kleinfeller §§ 149 bis 152 N. III 2, Hullmann § 151 N. 8, v. Sarwey u. Bossert § 151 N. 2, Fitting § 42 N. 28, Endemann S. 579. A.M.: v. Völderndorff § 151 N. f. II und Eccius (Förster), preuſs. Pr.R. I § 119 zu N. 1. — v. Völderndorff unterscheidet im Anschluſs an die Rechtsprechung des preuſs. O.Trib. zu § 277 der preuſs. K.O. v. 1855 in den Entsch. d. preuſs. O.Trib. XL

2. Die Wirkungen der Aufhebung des Konkursverfahrens sind:

a) Das durch die Konkurseröffnung für die Konkursgläubiger entstandene, von der Gläubigergemeinschaft geltend zu machende Pfandrecht an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen erlischt, soweit es nicht durch Verwertung oder durch Verzicht schon früher erloschen ist, mit der Aufhebung des Konkurses. Ausgenommen sind blofs diejenigen Gegenstände, welche eventuell für eine Nachtragsverteilung in Betracht kommen (s. oben S. 369 bis 371 litt. a bis k); an diesen Gegenständen dauert das Pfandrecht trotz der Aufhebung des Konkurses fort. Natürlich immer nur solange noch unbefriedigte Konkursgläubiger vorhanden sind.

Diejenigen Gegenstände, an welchen das Pfandrecht erloschen ist, hat der Verwalter dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung herauszugeben. Dazu gehört auch ein Barüberschufs, der etwa nach Befriedigung aller Konkursgläubiger noch vorhanden ist.

Der Gemeinschuldner kann den Anspruch auf Herausgabe der bezeichneten Gegenstände gegen den Verwalter als das Organ der Gläubigerschaft geltend machen. Er kann nicht blofs von dem Konkursgericht als der Aufsichtsbehörde verlangen, dafs es den Verwalter zur Herausgabe anhalte (arg. § 83), sondern er kann auch den Anspruch im ordentlichen Civilprozesse verfolgen[9]. Aufserdem kann er den Verwalter persönlich auf Schadensersatz belangen, wenn diesem ein Verschulden zur Last fällt (arg. § 82).

Korporationen, Stiftungen und Gemeinschaften, die durch Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen die Rechtsfähigkeit verloren haben oder aufgelöst worden sind[10], erlangen nicht mit der Aufhebung des Konkurses ihre Rechtsfähigkeit zurück und werden nicht durch Aufhebung des Konkurses wieder hergestellt. In solchen Fällen ist, was bei Aufhebung des Konkurses dem Gemeinschuldner herauszugeben ist, denjenigen Personen herauszugeben, an welche das Vermögen der aufgelösten Korpo-

---

S. 396 f. und in Striethorsts Arch. f. Rechtsf. XXXII S. 161 ff., XXXIII S. 290 ff. zwischen der Wirksamkeit für den Gemeinschuldner und der Wirksamkeit für die Gläubiger; jene soll mit der „Eröffnung" an den Gemeinschuldner, diese mit der Bekanntmachung eintreten. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Rechtsprechung des preufs. O.Trib. vom Standpunkte der preufs. K.O. aus richtig war. Die deutsche K.O. bietet jedenfalls keinen Anhaltspunkt für die bezeichnete Unterscheidung.

[9] Die Klage ist die actio pignoraticia des Pfandgebers gegen den Empfänger des Pfandes.

[10] Vgl. oben S. 235 f.

ration, Stiftung oder Gemeinschaft fällt. Diesen Personen stehen die Ansprüche gegen den Verwalter zu, die sonst dem früheren Gemeinschuldner zustehen.

b) Die Gläubigergemeinschaft bleibt trotz der Aufhebung insoweit bestehen, als zur Zeit der Aufhebung noch Vermögen vorhanden ist, das zur Schlufsverteilung oder, wenn auch nur eventuell, zu einer Nachtragsverteilung zu verwenden ist; denn dieses Vermögen bleibt mit dem Pfandrechte belastet.

Aber die Organe der Gläubigergemeinschaft werden durch die Aufhebung des Konkursverfahrens verringert. Es giebt keinen Gläubigerausschufs und keine Gläubigerversammlung mehr[11]. Nur der Konkursverwalter bleibt als Organ der Gläubigergemeinschaft in Funktion mit Befugnis zu denjenigen Rechtshandlungen, welche nach der Aufhebung des Konkurses noch vorzunehmen sind. Als solche Handlungen kommen insbesondere in Betracht der Vollzug der Schlufsverteilung und der Nachtragsverteilungen, die Herbeischaffung, Verwaltung und Verwertung der für Nachtragsverteilungen in Betracht kommenden Gegenstände sowie die Fortführung der anhängig gebliebenen Aktiv- und Passivprozesse, bei denen die Gläubigerschaft als Partei beteiligt ist[12]. Auch zur Führung neuer Prozesse, die zur Herbeiführung einer Nachtragsverteilung nötig werden[13], bleibt der Verwalter legitimiert.

c) Die durch die Eröffnung des Konkurses nach § 240 C.Pr.O. oder nach § 13 Abs. 2 Anf.Ges. v. 21. Juli 1879 eingetretene Unterbrechung eines anhängigen Prozesses wird, ohne dafs es der Aufnahme des Prozesses bedarf, durch die Aufhebung des Verfahrens beendigt, wenn die Unterbrechung nicht schon früher durch Aufnahme des Prozesses beendigt worden ist.

d) Die durch die Anmeldung zum Konkurs eingetretene Unterbrechung der Verjährung wird beendigt (§ 214 Abs. 1 B.G.B.). Wird bei der Aufhebung für eine Forderung, die infolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen ist, ein Betrag zurückbehalten (§ 168 Nr. 1 K.O.), so dauert die Unterbrechung auch nach der Beendigung des Konkurses fort; das Ende der Unterbrechung bestimmt sich nach den Vorschriften des § 211 B.G.B. (§ 214 Abs. 3 B.G.B.)[14].

---

[11] Vgl. die Mot. S. 386.

[12] Vgl. R.G.Entsch. XXVIII Nr. 12 S. 68 ff. Welche Prozesse in Frage kommen können, ist oben S. 184 Abs. 2, S. 228 Abs. 5, S. 273 Abs. 2 erörtert.

[13] Vgl. oben S. 370 f. litt. f, g, h, k.

[14] Vgl. dazu oben S. 253 f.

e) Die durch die Konkurseröffnung eingetretene Beschränkung der Konkursgläubiger auf die konkursmäfsige Zwangsvollstreckung (§§ 12, 14)[15] hört mit der Aufhebung des Konkursverfahrens auf. Soweit die Forderungen noch fortbestehen, können die Gläubiger ihre Forderungen gegen den Gemeinschuldner unbeschränkt geltend machen (§ 164 Abs. 1). Es steht ihnen jede Art des Verfahrens offen, wie vor der Konkurseröffnung. Der Gemeinschuldner hat kein beneficium competentiae auf Grund des Konkurses[16].

---

[15] Vgl. oben S. 185 f.

[16] Nach dem römischen Rechte konnte der Schuldner, der die cessio bonorum vollzogen hatte, verlangen, dafs ihm von dem neu erworbenen Vermögen so viel belassen werde, als er zur Lebensnotdurft für sich und die Seinigen nötig hatte; § 40 I. de action. 4, 6; l. 4, 6 D. de cessione bonorum 42, 3; l. 3 C. de bon. auct. iud. poss. seu venumdandis 7, 72. Ob der Schuldner diese Befugnis auch neuen Gläubigern gegenüber hatte, ist zweifelhaft. Über Spuren älteren Rechts, wonach nach Vollzug der bonorum venditio die actiones ex ante gesto gegen den Schuldner überhaupt versagt wurden, s. Gai. II § 155 und l. 25 § 7 D. quae in fraudem credit. 42, 8; dazu Bayer, Theorie des Concursprozesses § 11 N. 6, v. Bethmann-Hollweg, Der Civilprozefs des gem. Rechts, der röm. Civilprozefs II S. 686.

Über deutsche Partikularrechte und Rechtsbücher, nach denen der Schuldner schwören soll, dafs er einen Teil seines künftigen Erwerbs (ein Drittel oder die Hälfte) oder, was er über seines Lebens Notdurft erwirbt, den Gläubigern gebe, s. Stobbe, Z. Gesch. d. ält. deutschen Konkursprozesses, S. 73.

Das römische beneficium competentiae wurde in Deutschland gemeines Recht. Da die cessio bonorum mit dem deutschen Konkursprozesse verwuchs, gestattete man dem Schuldner, die Bewilligung der Rechtswohlthat im Konkurse zu beantragen, worauf das Gericht darüber zu entscheiden hatte, ob sie zu bewilligen sei oder nicht. Dabei wurde darauf Rücksicht genommen, ob der Schuldner seine Insolvenz verschuldet hatte. — Vgl. Claproth § 448, Dabelow S. 515, 516, Kori § 122, Schweppe § 24, Bayer § 26 Abs. 2 Ziff. 3, Fuchs, Concursverfahren S. 75 f., Heimbach in Weiskes Rechtslex. I S. 873 f., Bayr.Ger.Ordn. v. 1753 Cap. XVIII § 14.

Aus den Partikularrechten sind als eigenartig folgende Vorschriften anzuführen. Die Hamburger Fallitenordnung v. 1753 Art. 101 bis 108, Addit. Art 5, 7 ff. befreite den unglücklichen Falliten von jeder Haftung für den Ausfall der Konkursforderungen; der leichtsinnige Fallit blieb unter gewissen Voraussetzungen und bis zu gewissen Beträgen für den Ausfall haftbar; der vorsätzliche Fallit blieb stets für den gesamten Ausfall haftbar. Durch § 13 des Hamb. E.G. z. Str.G.B., v. 30. April 1869, wurde bestimmt, dafs bei Verurteilung wegen betrügerischen Bankerutts und bei Entweichung unbeschränkte Haftung eintritt, während alle anderen Falliten dem Nachforderungsrechte in derselben Weise und bis zu denselben Beträgen unterliegen wie die früher als leichtsinnig qualifizierten Falliten. — Nach der Bremer Debitordnung v. 1843 §§ 244 bis 246, 249 ist die Geltendmachung

Auch die seit der Eröffnung des Konkursverfahrens laufenden Zinsen, sowie die durch die Beteiligung am Konkursverfahren den einzelnen Gläubigern erwachsenen Kosten, deren Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossen ist (§ 63 Nr. 1, 2), können nach Aufhebung des Verfahrens geltend gemacht werden; die Kosten, soweit der Gemeinschuldner nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Kostenerstattung verpflichtet ist. Wurde der Gläubiger zur Teilnahme am Konkursverfahren zugelassen, so ergiebt sich die Verpflichtung des (früheren) Gemeinschuldners, ihm die notwendigen Kosten zu erstatten, aus der Analogie von §§ 91, 788 C.Pr.O.[17].

f) Die im Konkurs erfolgte Feststellung einer Konkursforderung hat unter der Voraussetzung, dafs die Forderung von dem Gemeinschuldner nicht im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten worden ist, die Wirkung eines gegen den Gemeinschuldner ergangenen rechtskräftigen Urteils (arg. § 164 Abs. 2). Ob die Feststellung in dem Prüfungstermin oder nachher (zufolge der Zurückziehung des Widerspruchs oder zufolge eines im Liquidationsprozefs ergangenen Urteils oder zufolge eines Vergleichs mit dem Opponenten) erfolgt, ist einerlei. Das Bestreiten oder die Aberkennung des beanspruchten Vorzugsrechts (§ 61) oder des Rangs der Forderung (§ 226) schliefst nicht aus, dafs die Forderung als solche festgestellt wird und dafs diese Feststellung die bezeichnete Wirkung hat. Dagegen ist vor Überwindung des Widerspruchs keine Feststellung im Konkurs und daher auch keine Urteilswirkung gegen-

---

unberichtigter Ansprüche innerhalb dreier Jahre nach Aufhebung eines Debitverfahrens an den Nachweis geknüpft, dafs der Schuldner in eine bessere Vermögenslage gekommen sei. Des Nachweises bedarf es jedoch nicht, wenn das Verfahren wegen Mangels einer genügenden Aktivmasse beendigt worden ist (§ 247). — Die lübische K.O. v. 1862 § 134 gewährt allgemein das beneficium competentiae.

Das französische Recht kennt die Rechtswohlthat nicht.

Die Mot. z. E. e. K.O. S. 383 sagen, die in der Gewährung der Rechtswohlthat gelegene Beschränkung der Gläubiger untergrabe den Kredit (?), und berufen sich darauf, dafs das preufs. Recht, das sächs. Bürg. G.B. § 766, die bad. Pr.O. § 831, die bayer. Pr.O. § 1315, die österr. K.O. § 54 und das dänische Konkursgesetz § 135 den Gläubigern das Recht gebe, ihre Forderungen zu jeder Zeit unbeschränkt geltend zu machen. — Seitdem hat die Schweizer K.O. Art. 265 cf. Art. 149 das beneficium competentiae wieder anerkannt.

Das beneficium competentiae, welches aus einem nach dem früheren Rechte durchgeführten Konkurs erworben ist, bleibt auch unter der Herrschaft der K.O. bestehen. Vgl. Ztschr. f. d. C.Pr. IX S. 486.

[17] Vgl. Mot. S. 242 zu § 51 des Entwurfs.

über dem Gemeinschuldner vorhanden, wenn ein Opponent blofs mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 2 oder des § 63 die Eigenschaft der Forderung als Konkursforderung, nicht das Bestehen der Forderung, bestritten hat; denn in einem solchen Falle kann auch das Bestehen der Forderung nicht festgestellt werden, bevor der Widerspruch beseitigt ist.

Die Feststellung erlangt die Urteilswirkung nicht eo ipso, sondern erst durch die Eintragung in die Konkurstabelle. Wird diese Eintragung gelöscht[18], so erlischt die Urteilswirkung.

Dafs der in die Tabelle eingetragenen Feststellung unter der oben bezeichneten Voraussetzung die Wirkung eines gegen den Gemeinschuldner ergangenen Urteils beigelegt wird, ist eine aus Zweckmäfsigkeitsrücksichten angeordnete Versäumnisfolge[19]. Der Gemeinschuldner ist befugt, im Prüfungstermin die angemeldeten, von dem Konkursgericht zugelassenen Forderungen zu bestreiten. Übt er diese prozessualische Befugnis nicht aus, so läfst das Gesetz die angegebene Wirkung gegen ihn eintreten. Aus einem zu vermutenden Anerkenntnisse der Forderung darf man die Wirkung nicht begründen; sonst könnte sie nur eintreten, wenn dem Gemeinschuldner die Forderungsanmeldung bekannt war, was durchaus nicht immer der Fall sein mufs. Noch weniger darf man die Wirkung aus einer Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter herleiten; denn der Verwalter vertritt den Gemeinschuldner nicht.

---

[18] Etwa infolge eines Wiederaufnahmeverfahrens, vgl. oben S. 267 litt. c.

[19] Diese Versäumnisfolge ist dem früheren gemeinen Recht unbekannt. Behandelt wurde nur die Frage, ob die Anerkenntnisse des contradictor und die im Prozesse gegen den contradictor ergangenen Urteile gegen den Gemeinschuldner wirksam seien. Sie wurde meistens verneint. Vgl. Schweppe § 138, J. A. Seuffert, Arch. f. civ. Prax. XI S. 365 ff. Vom Standpunkte der preufs. A.G.O. wurde die Frage ebenfalls verneint vom preufs. O.Trib. in den Entsch. XIV S. 218 und in Striethorst, Arch. f. Rechtsf. XXI S. 156. Obwohl die preufs. K.O. v. 1855 nur den Accord in Ansehung aller Forderungen, welche im Konkurs als richtig festgestellt sind, für vollstreckbar erklärte (§ 201 Abs. 1), hat das preufs. O.Trib. auch bei Beendigung des Konkurses durch Verteilung den Feststellungen Urteilswirkung gegen den Kridar zuerkannt. Vgl. Striethorst, Arch. f. Rechtsf. LIV S. 288 ff., LV S. 326 ff. Dagegen wurden beachtenswerte Einwände erhoben von Makower, Studien zur preufs. Konkursordnung v. 1855, S. 9 ff., S. 95 ff., H. Rüdorff in der Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Preufsen, S. 665 ff., II S. 709 ff., III S. 143. Verteidigt wurde die Ansicht des O.Trib. von Heidenfeld in der Ztschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. etc. II S. 134.

Unbillig ist die Versäumnisfolge, wenn der Gemeinschuldner durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, in dem Prüfungstermin zu erscheinen. Deshalb ist für diesen Fall (nicht aber für den Fall, dafs der im Termin erschienene Gemeinschuldner die Bestreitung unterliefs[20]) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorgesehen (§ 165 K.O. mit § 233 Abs. 1 C.Pr.O.)[21].

Die Versäumnis des Termins mufs unverschuldet sein; eine Versäumung, die in dem Verschulden eines Vertreters ihren Grund hat, wird nicht als unverschuldet angesehen (arg. § 165 Satz 2 K.O. mit § 232 Abs. 2 C.Pr.O.).

Der Begriff „Naturereignis und andere unabwendbare Zufälle" deckt sich mit dem Begriffe der „höheren Gewalt"[22].

Die Wiedereinsetzung mufs innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden. Die Frist beginnt mit dem Tage, an dem das Hindernis gehoben ist. Die Frist kann weder durch Vereinbarung der Beteiligten noch durch das Gericht verkürzt oder verlängert werden. Nach Ablauf eines Jahres seit dem versäumten Termine kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden (alles arg. § 165 Satz 2 K.O. mit § 234 C.Pr.O.).

Der Antrag ist an das Konkursgericht zu richten. Er mufs die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen, die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung enthalten und die versäumte Bestreitung nachholen (arg. § 165 Satz 2 K.O. mit § 236 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 C.Pr.O.).

Der den Antrag auf Wiedereinsetzung enthaltende Schriftsatz ist dem Gläubiger zuzustellen, dessen Forderung nachträglich bestritten wird (§ 165 Satz 3). Der Schriftsatz kann durch eine zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene Erklärung ersetzt werden (arg. § 72 K.O. mit § 501 K.O.). Die Zustellung erfolgt auf Betreiben des Gemeinschuldners. Durch diese Zustellung wird die zweiwöchige Frist für den Wiedereinsetzungsantrag gewahrt[23].

---

[20] Vgl. Komm.Ber. v. 1898 S. 33.

[21] In der K.O. v. 1877 war diese Abhülfe nicht vorgesehen. Über die Gründe, die zur Einschaltung des neuen § 152a (jetzt § 165) bewogen, s. Begründ. d. Nov. S. 44. Der neue Paragraph wurde erst im Bundesrat eingefügt.

[22] Über diesen Begriff vgl. L. Seuffert, Komm. z. C.Pr.O. v. 1877 § 211 N. 1 und die dort angegebene Litteratur und Rechtsprechung.

[23] Ganz zweifellos ist das nicht. Da der Wiedereinsetzungsantrag des § 165 K.O. nicht zu einer mündlichen Verhandlung führen mufs, so kann man

Der Gemeinschuldner hat den Antrag mit dem Nachweise der Zustellung dem Konkursgericht einzureichen. Diesem steht die Entscheidung zu (arg. § 237 C.Pr.O.). Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen (arg. § 73 Abs. 1 K.O.). Daher ist keine Ladung in den Antrag aufzunehmen.

Die Entscheidung, welche den Antrag abweist, ist dem Antragsteller zuzustellen und kann von diesem mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (arg. § 73 Abs. 3). Die Entscheidung, welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt, ist sowohl dem Antragsteller wie dem Gläubiger zuzustellen, dessen Forderung nachträglich bestritten wird; diesem steht die sofortige Beschwerde zu.

Wird die Wiedereinsetzung erteilt, so steht das nachgeholte Bestreiten dem Bestreiten im Prüfungstermine gleich und ist in die Tabelle einzutragen (§ 165 Satz 4). Die Wiedereinsetzung beseitigt also die Folgen der Versäumnis des Bestreitens im Prüfungstermin, d. i. die Wirkung der Feststellung gegenüber dem Gemeinschuldner.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung hindert die Zwangsvollstreckung aus der Feststellung nicht, aber das Konkursgericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners die in § 707 C.Pr.O. vorgesehenen Anordnungen erlassen.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung kann nicht blofs während des Konkursverfahrens, sondern auch nach dessen Aufhebung gestellt werden, solange die sich aus § 165 Abs. 2 K.O. verbunden mit § 234 Abs. 3 C.Pr.O. ergebende einjährige Ausschlufsfrist seit dem Prüfungstermine noch nicht abgelaufen ist.

Daraus, dafs die Feststellung einer von dem Gemeinschuldner nicht bestrittenen Forderung wie ein gegen den Gemeinschuldner ergangenes Urteil wirkt, ergeben sich folgende Sätze:

α) Der Gläubiger kann von dem Gerichtsschreiber des Konkursgerichts die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines die Feststellung seiner Forderung enthaltenden Auszugs aus der Tabelle

daran denken, dafs er nach Analogie des § 236 Abs. 2 C.Pr.O. innerhalb der bezeichneten Frist bei Gericht eingereicht werden müsse. Dann würde der Satz 3 des § 165 K.O. bedeuten, dafs das Gericht den Antrag dem Gläubiger zuzustellen hat. Gegen diese und für die im Texte vertretene Auslegung spricht aber der Umstand, dafs der Satz 3 des § 165 die Zustellung an den Gläubiger als notwendig bezeichnet. Daraus dürfte zu folgern sein, dafs sie die Stellung des Antrags enthält.

nach Maſsgabe der §§ 724 bis 734[24], 738, 742, 745 Abs. 2, 749 C.Pr.O. verlangen (arg. § 164 Abs. 2 K.O.).

Die vollstreckbare Ausfertigung kann der Gläubiger schon vor der Aufhebung des Konkursverfahrens verlangen; denn der Titel zur Zwangsvollstreckung liegt in der Feststellung, die nicht erst durch die Aufhebung des Konkursverfahrens die Urteilswirkung bekommt. Daſs der Gläubiger während des Konkursverfahrens die Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner nicht betreiben kann, folgt aus § 14, steht aber der vorherigen Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht im Wege[25].

β) Auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung des bezeichneten Auszugs aus der Tabelle kann der Gläubiger nach Aufhebung des Konkursverfahrens die Zwangsvollstreckung betreiben. Auf die Zwangsvollstreckung finden (auſser den in litt. α Abs. 1 citierten Vorschriften) die Vorschriften der §§ 735 bis 737, 739 bis 741, 743 bis 744, 746 bis 748, 750 bis 793 C.Pr.O. entsprechende Anwendung (§ 164 Abs. 2 K.O.).

Für die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 731 C.Pr.O.), sowie für die Klagen, durch welche die die Forderungen selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden (§ 767 C.Pr.O.)[26], oder der bei Erteilung der Vollstreckungsklausel als

---

[24] Aus der entsprechenden Anwendung des § 726 Abs. 1 C.Pr.O. ergiebt sich, daſs einem Gläubiger, dessen Forderung als aufschiebend bedingte festgestellt wurde, die vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden darf, wenn der Beweis des Bedingungseintritts durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird. Aus der entsprechenden Anwendung des § 733 C.Pr.O. folgt, daſs einem Gläubiger, der für seine Forderung nach Ausweis der tabellarischen Einträge bereits eine vollstreckbare Ausfertigung eines anderen Vollstreckungstitels besitzt, eine vollstreckbare Ausfertigung des Tabellenauszugs nur unter den Voraussetzungen des § 733 C.Pr.O. zu erteilen ist. Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 442 f.

[25] Vgl. R.G.Entsch. XXXV Nr. 18 S. 80 ff., Kammer in Bl. f. R.A. XV Erg.Bd. S. 1 ff., 16 ff. — Aus der cit. Entsch. d. R.G. geht hervor, daſs die vollstreckbare Ausfertigung des Tabellenauszugs als vollstreckbarer Titel im Sinne des § 2 Anf.Ges. v. 29. Juli 1879 gilt. — Die Abhandlung in den Bl. f. R.A. betrifft den Fall, daſs während des Konkurses ein Absonderungsberechtigter die Feststellung seiner persönlichen Forderung zum Betrieb einer Subhastation wegen einer Kautionshypothek benutzen will.

[26] Die entsprechende Anwendung des § 767 Abs. 2 C.Pr.O. ergiebt, daſs Einwendungen, welche die festgestellte Forderung selbst betreffen, nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Prüfungstermin entstanden sind. Daran ändert auch der Umstand nichts, daſs zufolge einer Bestreitung durch den Verwalter oder durch einen kon-

bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird (§ 768 C.Pr.O.), ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig war und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht[27] zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört (arg. § 164 Abs. 3 mit § 146 Abs. 2 K.O.). Durch diese Zuständigkeitsbestimmung sind die in den §§ 767 Abs. 1, 768 C.Pr.O. enthaltenen Zuständigkeitsbestimmungen für die bezeichneten Klagen beseitigt[28].

Die Befugnis, auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Auszugs aus der Konkurstabelle die Zwangsvollstreckung zu betreiben, schliefst ebensowenig wie das Vorhandensein eines anderen Vollstreckungstitels die Möglichkeit aus, die Forderung durch Klage oder im Mahnverfahren zu verfolgen[29]; nur bleiben die dadurch erwachsenden Kosten als unnötige Kosten dem Gläubiger zur Last.

γ) Feststellung der Forderung begründet die Einrede der abgeurteilten Sache. Diese Einrede kann der Gläubiger dem Schuldner entgegensetzen, wenn dieser die Forderung bestreitet[30].

Dagegen kann sich der Schuldner gegenüber einer nach der Beendigung des Konkurses erhobenen Klage nicht auf die Rechtskraft eines im Liquidationsprozefs ergangenen Urteils berufen, das eine zum Konkurs angemeldete Forderung ganz oder teilweise abgewiesen hat; denn insoweit liegt keine Feststellung im Konkurse vor, und aus guten Gründen ist blofs der Feststellung, nicht auch der Abweisung der Forderung, die Urteilswirkung im Verhältnisse

---

kurrierenden Gläubiger nach dem Prüfungstermin eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat; denn in einer solchen mündlichen Verhandlung konnte der Gemeinschuldner keine Einwendungen vorbringen; auch nicht als Nebenintervenient, da er zur Intervention nicht befugt ist, vgl. oben S. 272 Abs. 3.

[27] Über die Frage, ob und inwieweit eine Kammer für Handelssachen mit der Klage befafst werden kann, s. oben S. 270 N. 5.

[28] Dies gilt auch in dem Falle, wo der Feststellungsprozefs durch Aufnahme eines bei einem anderen Gericht anhängigen Prozesses betrieben wurde (vgl. § 146 Abs. 3).

[29] Vgl. R.G.Entsch. XXXV Nr. 91 S. 359 und in S.A. XLVIII Nr. 300.

[30] Z. B. der Gläubiger rechnet seine Forderung gegen eine Forderung des früheren Gemeinschuldners auf; dieser bestreitet sie; der Gläubiger hat die replicatio rei iudicatae.

zum Gemeinschuldner beigelegt[31]. Die Abweisung einer Forderung kann nämlich nicht nur wegen Nichtexistenz der Forderung, sondern auch wegen Anfechtbarkeit der die Forderung begründenden Rechtshandlung oder deswegen erfolgen, weil die Forderung durch die Vorschriften des § 2 oder des § 63 von der Teilnahme am Konkurs ausgeschlossen ist; bei einer Abweisung wegen Anfechtbarkeit oder wegen Mangels der Eigenschaft als Konkursforderung kann aber die Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner unmöglich als aberkannt gelten. Ferner: es hätte keinen Sinn, dem Gemeinschuldner, der die Forderung nicht bestritten hat, die Berufung auf ein dem Liquidanten ungünstiges Urteil zu gestatten, während ein derartiges Urteil wirkungslos wäre gegenüber einem Gemeinschuldner, der die Forderung bestritten hat.

Was von der vollständigen Abweisung einer Forderung gilt, mufs auch von einer teilweisen Abweisung gelten[32].

δ) Solange die Feststellung besteht, kann der Gemeinschuldner nicht als ungerechtfertigte Bereicherung kondizieren, was der Gläubiger aus der Konkursmasse erhalten hat.

ε) Die zufolge der konkursmäfsigen Geltendmachung der Forderung eingetretenen Änderungen, Umsetzungen (vgl. §§ 65, 69, 70) bleiben auch nach der Aufhebung des Konkurses in Wirksamkeit[33].

---

[31] Vgl. v. Völderndorff § 152 N. b, v. Wilmowski § 152 N. 3 Abs. 2, Petersen u. Kleinfeller §§ 149 bis 152 N. IV 5, v. Sarwey u. Bossert § 152 N. 10. A.M.: Dernburg, preufs. Pr.R. II § 115 N. 22.

[32] Es kann also der Gemeinschuldner einem Gläubiger, der 1500 M. Entschädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrags liquidierte und im Liquidationsprozesse nur mit 1000 M. zugelassen wurde, nicht res iudicata entgegenhalten, wenn dieser wieder auf 1500 M. hinaufgeht.

[33] Daher bleibt die betagte Forderung fällig, die betagte unverzinsliche Forderung bleibt um das Interusurium reduziert. Die ursprünglich auf Lieferung von Getreide gehende Forderung bleibt Geldforderung; der Gläubiger kann nicht etwa den restigen Prozentsatz in Getreide fordern. Die nach § 70 kapitalisierte Forderung bleibt kapitalisiert. Vgl. Petersen und Kleinfeller §§ 149 bis 152 N. IV 3, Oetker, Grundbegr. I S. 449. — Nach Hullmann § 152 N. 3 und v. Wilmowski § 152 N. 3 Abs. 4 soll diese Wirkung nur eintreten, wenn nicht der Schuldner im Prüfungstermine dagegen Verwahrung eingelegt hat. Aber was soll diese Verwahrung gegenüber den gesetzlichen Vorschriften über die Geltendmachung der Forderungen? — Nach A. S. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen jur. Grundlagen S. 81, soll es dem Gläubiger trotz der tabellarischen Feststellung unbenommen sein, die ursprüngliche Forderung geltend zu machen. — Vgl. a. die Mot. S. 292, wo der Kapitalisierung wiederkehrender Leistungen die Wirksamkeit

g) Forderungen, die im Prüfungstermin oder im Restitutionswege von dem Gemeinschuldner ausdrücklich bestritten worden sind, können gegen den Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens durch Klage oder durch Aufnahme des anhängigen Rechtsstreits (§ 144 Abs. 2) verfolgt werden[84]. Das Gleiche gilt natürlich für die Zeit nach der Aufhebung des Konkursverfahrens. In diesem Stadium ist aber auch die während des Konkurses gehemmte Vollstreckungsmacht des Gläubigers wieder entfesselt. Der Gläubiger kann daher die Zwangsvollstreckung auf Grund eines vor der Konkurseröffnung oder während des Konkurses gegen den Gemeinschuldner erlangten Vollstreckungstitels betreiben; nur kann er die im Konkurs erfolgte tabellarische Feststellung seiner Forderung nicht als Vollstreckungstitel benutzen. Dafs der Gläubiger auf Grund eines nach der Aufhebung des Konkursverfahrens erlangten Titels vollstrecken kann, versteht sich von selbst.

h) Im Falle des Konkurses über das Vermögen einer juristischen Person[85] können die Vorschriften des § 152 nur Anwendung finden, wenn die juristische Person nach Aufhebung des Konkursverfahrens noch fortbesteht oder mit der Wirkung rekonstituiert ist, dafs die Schulden der früheren juristischen Person auf sie übergehen. Ob die juristische Person nach der Aufhebung des Konkurses fortbesteht und ob eine Rekonstitution mit der bezeichneten Wirkung erfolgen kann, ist eine Frage des bürgerlichen Rechts[86].

---

gegenüber dem Schuldner für die Zeit nach der Aufhebung des Konkurses abgesprochen ist.

Man beachte, dafs im Text und in dieser Note die Fortdauer der eingetretenen Umsetzung nur für den Fall behauptet wird, dafs die Forderung im Konkurse festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner bestritten worden ist. Ist die Forderung nicht festgestellt worden, so kann von einer Fortdauer der Umsetzung nicht die Rede sein; denn die Liquidation hat diese Wirkung nicht. Ist die Forderung festgestellt, aber vom Gemeinschuldner bestritten worden, so kann die Fortdauer der Umsetzungen nicht aus einer Urteilswirkung der Feststellung gefolgert werden; denn die Feststellung hat in diesem Falle keine Urteilswirkung. Aber die im Konkurs erfolgte Teilbefriedigung dürfte dem Zurückgreifen auf das ursprüngliche Schuldverhältnis im Wege stehen.

[84] Vgl. oben S. 186 und S. 265 Ziff. 6 Abs. 2.

[85] Vgl. oben S. 69 f.

[86] Darüber, ob und wie weit Personenvereine, Stiftungen etc. durch die Konkurseröffnung ihre Rechtsfähigkeit verlieren, s. oben S. 235 Ziff. 1, 2.

Keinesfalls kann ein Gläubiger, der im Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person einen Ausfall erlitten hat, gegen die einzelnen Mitglieder einer Korporation auf Grund der Vorschriften des § 152 wegen des Ausfalls ohne weiteres die Zwangsvollstreckung betreiben.

i) Im Falle des Konkurses über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand[37] verhält es sich ähnlich, wie im Falle des Konkurses über das Vermögen einer juristischen Person. Nur, wenn die Gemeinschaft die Aufhebung des Konkurses überdauert[38], ist die direkte Anwendung des § 152 möglich. Ob ein Gemeinschaftsgläubiger wegen des im Gemeinschaftskonkurs erlittenen Ausfalls die einzelnen Gemeinschafter in Anspruch nehmen kann, ist eine Frage des materiellen Rechts. Keinesfalls hat ein Gemeinschaftsgläubiger die Befugnis, die im Gemeinschaftskonkurse erwirkte Feststellung seiner Forderung als Vollstreckungstitel gegen die einzelnen Gemeinschafter zu benutzen[39].

k) Im Falle des Nachlafskonkurses finden die Vorschriften des § 152 mit folgenden, sich aus dem materiellen Recht ergebenden Modifikationen Anwendung:

α) Ein im Nachlafskonkurse nicht befriedigter Nachlafsgläubiger, dem der Erbe unbeschränkt haftet[40], kann auch nach der Aufhebung des Nachlafskonkurses seine Forderung gegen den Erben unbeschränkt geltend machen. Mehrere Erben haften nur nach Verhältnis ihrer Erbteile (§ 2060 Nr. 3 B.G.B.).

β) Ein im Nachlafskonkurse nicht befriedigter Nachlafsgläubiger, dem der Erbe nur beschränkt haftet, kann von dem Erben nur Befriedigung nach Mafsgabe des § 1973 B.G.B. verlangen (arg. § 1989 B.G.B.). Der Erbe kann also nur insoweit in

---

[37] Vgl. oben S. 70 ff.

[38] Über die Auflösung von solchen Gemeinschaften durch die Eröffnung des Konkurses über das Gemeinschaftsvermögen s. oben S. 236 Ziff. 3.

[39] Daher ist z. B. die Feststellung, welche im Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft erfolgt ist, kein Titel zur Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Gesellschafter (vgl. § 129 Abs. 4 H.G.B.), obwohl der Gesellschafter Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nicht mehr geltend machen kann (arg. § 129 Abs. 1 H.G.B.).

[40] Dafs der Erbe einem Nachlafsgläubiger trotz der Eröffnung des Nachlafskonkurses unbeschränkt haftet, kann vorkommen, wenn die unbeschränkte Haftung nach § 1994 Abs. 1 Satz 2, nach § 2005 Abs. 1 oder nach § 2006 Abs. 3 B.G.B. bereits vor der Konkurseröffnung eingetreten war; vgl. § 2013 B.G.B., ferner nach § 27 H.G.B., wenn ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt wird.

Anspruch genommen werden, als er noch aus dem Nachlasse bereichert ist. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn ihm bei Beendigung des Nachlafskonkurses ein Masseüberschufs oder unverwertete Massegegenstände überwiesen worden sind; denn Nachlafsgegenstände, die bei der Schlufsverteilung nicht ermittelt waren, bleiben der Gläubigerschaft verhaftet. Da aber eine solche Überweisung nur nach Befriedigung der in dem Schlufsverteilungsverzeichnisse berücksichtigten Gläubiger möglich ist, so kommen als Nachlafsgläubiger, die ein Nachforderungsrecht nach Mafsgabe des § 1989 mit § 1973 B.G.B. haben, blofs solche in Betracht, deren Forderungen nicht in das Schlufsverzeichnis einzusetzen waren. Das sind: Forderungen, die im Nachlafskonkurse nicht angemeldet sind; bestrittene, nicht titulierte Forderungen, deren Feststellung nicht rechtzeitig betrieben wurde (vgl. § 152); Forderungen, für die abgesonderte Befriedigung beansprucht und nicht rechtzeitig der Verzicht darauf oder der erlittene Ausfall nachgewiesen worden ist (vgl. §§ 153, 156); Forderungen unter aufschiebender Bedingung, die nach § 154 Abs. 2 bei der Schlufsverteilung nicht eingesetzt worden sind; endlich Forderungen für die im Konkursverfahren entstandenen Kosten, die nach § 63 Nr. 2 ausgeschlossen sind[41].

γ) Die im Nachlafskonkurs erfolgte Feststellung hat gegen den Erben die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, wenn er die Forderung nicht im Prüfungstermin (oder im Restitutionswege, § 165) ausdrücklich bestritten hat[42]. Aber als Vollstreckungstitel ist die tabellarische Feststellung gegen den Erben nicht verwendbar. Da der Umfang der Haftung des Erben für die Beteiligung eines Nachlafsgläubigers am Nachlafskonkurs unerheblich ist, kann die Feststellung im Konkurs über die Frage, ob der Erbe nur mit dem Nachlasse oder auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, keinen Aufschlufs geben. Sie kann auch keinen Vorbehalt der beschränkten Haftung enthalten. Ohne einen solchen Vorbehalt könnte aber der Erbe die Beschränkung seiner Haftung nicht geltend machen (arg. § 780 Abs. 1 C.Pr.O.). Die Geltendmachung der beschränkten Haftung (vgl. § 781 mit § 785 C.Pr.O.) kann dem Erben aber unmöglich abgeschnitten werden[43].

---

[41] Vgl. E. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlafskonkurs, S. 86.

[42] Sind mehrere Erben vorhanden, so hindert die Bestreitung von Seite eines Erben die Wirkung der Feststellung nur gegen den Bestreitenden (arg. § 2060 Nr. 3 B.G.B.).

[43] Der im Texte vorgetragene Grund gegen die Verwendbarkeit der tabellarischen Feststellung als Vollstreckungstitel trifft wegen § 780 Abs. 2

Die ad α bis γ entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung auf die Haftung des überlebenden Ehegatten im Falle des Konkurses über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (vgl. § 1489 Abs. 2 B.G.B.).

l) Im Falle des Konkurses über das Vermögen einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht sind neben der Genossenschaft die einzelnen Genossen solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen den Konkursgläubigern für den Ausfall verhaftet, welchen diese an ihren bei der Schlufsverteilung berücksichtigten Forderungen erleiden (§ 122 Abs. 1 Gen.Ges., Red. v. 1898). Das sog. Recht des Einzelangriffs steht nur denjenigen Genossenschaftsgläubigern zu, welche ihre Forderungen angemeldet und deren Berücksichtigung im Schlufsverzeichnis erwirkt haben.

Unter den in § 152 Satz 1 K.O. bezeichneten Voraussetzungen sind im Schlufsverzeichnis auch Forderungen zu berücksichtigen, die noch nicht festgestellt sind; das Recht des Einzelangriffs hängt also nicht von der Feststellung im Konkurs ab. Da aber eine im Liquidationsstreite befangene Forderung blofs unter der Bedingung berücksichtigt wurde, dafs der Liquidant im Liquidationsprozesse nicht unterliegt, so kann der einzelne Genosse wegen einer im Schlufsverzeichnisse berücksichtigten, aber noch im Liquidationsprozesse befangenen Forderung nicht verurteilt werden, ehe der Liquidationsprozefs rechtskräftig zu Gunsten des Liquidanten entschieden ist (§ 122 Abs. 5 Gen.Ges., Red. v. 1898); denn, wenn der Liquidant in diesem Prozesse unterliegt, so scheidet er aus dem Schlufsverzeichnis und folglich aus dem Kreise der zum Einzelangriffe berechtigten Gläubiger aus[44]. Daher ist die Verhandlung bis zur Erledigung des Liquidationsprozesses auszusetzen (vgl. § 148 C.Pr.O.).

Das Recht des Einzelangriffs kann nicht sofort nach der Aufhebung des Genossenschaftskonkurses ausgeübt werden, sondern erst nach Ablauf von drei Monaten seit dem Termin, in welchem die Nachschufsberechnung für vollstreckbar erklärt ist (§ 122 Abs. 2 mit § 108 Gen.Ges., Red. v. 1898).

C.Pr.O. nicht zu, wenn der Fiskus gesetzlicher Erbe ist. Für diesen Fall aber hat der Vollstreckungstitel wegen § 15 Abs. 1 Nr. 3 E.G. z. C.Pr.O. keine praktische Bedeutung.

[44] Vgl. die Begründung des Entw. des Gen.Gesetzes, Drucks. d. Reichstags 7. Leg.Per. IV. Sess. 1888/89 Nr. 98 S. 65.

Eine in dem Genossenschaftskonkurse festgestellte Forderung, die im Prüfungstermine von den Organen der Genossenschaft, d. i. von dem Vorstande oder den Liquidatoren, nicht ausdrücklich bestritten worden ist, kann auch von den bei dem Einzelangriff in Anspruch genommenen Genossen nicht bestritten werden (§ 122 Abs. 3 Gen.Ges., Red. v. 1898); eine solche Feststellung hat also gegen die einzelnen Genossen insofern Rechtskraftwirkung, als sie den Bestand der Forderung feststellt. Die im Restitutionswege von dem Vorstand oder den Liquidatoren der Genossenschaft nachgeholte Bestreitung beseitigt diese Wirkung (arg. § 165 K.O.).

Die gleiche Wirkung wie eine im Prüfungstermin erfolgte Feststellung hat das rechtskräftige Urteil, welches in dem Prozefs über eine im Prüfungstermine von dem Vorstand oder den Liquidatoren bestrittene Forderung die Feststellung der Forderung ausspricht (arg. § 122 Abs. 4 Gen.Ges., Red. v. 1898). Wird der Liquidationsprozefs zu Ungunsten des Liquidanten entschieden, so scheidet der Gläubiger aus dem Kreise der zum Einzelangriffe Berechtigten aus (s. oben S. 398), und insofern wirkt ein solches Urteil auch gegenüber allen Genossen (§ 122 Gen.Ges., Red. v. 1898).

Einen Vollstreckungstitel gegen den einzelnen Genossen bildet weder die im Prüfungstermine noch die nachher im Liquidationsprozefs erfolgte Feststellung[45]; da die einzelnen Genossen nicht mit der Genossenschaft identisch sind, kann § 164 Abs. 2 K.O. nicht gegen sie zur Anwendung kommen. Aus dem gleichen Grunde kann auch ein vor dem Konkursverfahren von einem Gläubiger gegen die Genossenschaft erwirkter Vollstreckungstitel nicht zur Zwangsvollstreckung gegen die einzelnen Genossen ausreichen. Vielmehr ist der Einzelangriff stets im Wege der Klage zu verfolgen. Der Klage können alle Einwendungen entgegengesetzt werden, die sich nicht auf den Bestand der festgestellten Forderung zur Zeit der Feststellung beziehen; insbesondere kann der Genosse seine individuelle Haftung bestreiten[46].

m) Im Falle des Konkurses über das Vermögen einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht finden die unter litt. h entwickelten Sätze mit dem Abmafse Anwendung, dafs die

---

[45] Vgl. die in N. 44 cit. Begründung S. 128.

[46] Z. B. indem er seine Mitgliedschaft oder die Gültigkeit seines Beitritts bestreitet; vgl. die in N. 44 cit. Begründung etc. S. 130.

einzelnen Genossen von den Konkursgläubigern nicht über ihre Haftsumme hinaus in Anspruch genommen werden können (§ 141 Gen.Ges., Red. v. 1898).

II. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach einem Zwangsvergleich.

§ 53.

1. Der Zwangsvergleich[1].

(Allgemeines.)

1. (Begriff.) Zwangsvergleich (Accord) ist der von dem Gemeinschuldner mit der Gläubigerschaft geschlossene, vom Konkursgericht bestätigte Vertrag, in dem der Gemeinschuldner verspricht, die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger gleichheitlich bis zu einem gewissen Mafse zu befriedigen, wogegen die Gläubigerschaft auf die durch die Konkurseröffnung erworbenen Rechte an dem Vermögen des Gemeinschuldners und auf die zwangsweise Geltendmachung weiterer Ansprüche der einzelnen Konkursgläubiger verzichtet.

2. (Geschichtliches.) In Justinians Rechtsbüchern werden zwei Einrichtungen erwähnt, die mit dem modernen Zwangsvergleich einige Ähnlichkeit haben.

Die ältere, schon den klassischen Juristen bekannte Einrichtung ist ein teilweiser Erlafs, den der zu einer überschuldeten

---

[1] Litteratur z. K.O. aufser den Komm. u. Lehrb.: S. A. Schultze, d. deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen (1880) S. 113 ff.; St. Ciuntu, Zwangsvergleich im Konkurs (Berl. Diss. 1892); Oetker, Konkursrechtl. Fragen, in der Festgabe der Rostocker Juristenfakultät zu Windscheids Doktorjubiläum (1888) S. 35 ff., S. 29 ff. und Grundbegr. I S. 223 ff.; Löhr, Ztschr. f. d. C.Pr. XVI S. 335 ff.; F. Wach, D. Zwangsvergleich (Leipz. Diss. 1896). — Aus der gemeinrechtlichen Litteratur sind hervorzuheben: v. Völderndorff und Waradein, Etwas von Nachlafsverträgen, Erlangen 1788; Claproth, Einleitung in sämtl. summ. Processe (4), § 296; Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (2) S. 283, 499, 558; Kori, System des Concursprocesses, § 88; Danz, Grundsätze der summarischen Processe (3) § 166 (wo auch ältere Dissertationen angegeben sind); Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, (2) §§ 19 bis 23; W. H. Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung, II. Bd. Über den Concursproceſs, §§ 208 bis 212; H. Bayer, Theorie des Concursprozesses, §§ 38, 39; C. Fuchs, Das Concursverfahren § 14.

Erbschaft Berufene mit den Erbschaftsgläubigern vereinbart[2]. Es findet eine Versammlung der Gläubiger statt, vermutlich auf Antrag des Berufenen bei dem Gericht. Einigen sich die erschienenen Gläubiger mit dem Berufenen über die zu erlassende Quote, so hat es hierbei sein Bewenden. Kommt keine Einigung zustande, so hat der Gerichtsbeamte zu entscheiden. Er soll die Entscheidung im Sinne der Majorität der Gläubiger treffen. Die Majorität wird nach der Gröfse der Forderungen, eventuell nach der Kopfzahl, subeventuell nach der höheren socialen Stellung (dignitas) der Gläubiger berechnet. Ergiebt sich dabei kein Ausschlag, so ist zu Gunsten des Erlasses zu entscheiden. Sowohl der durch die Einigung aller Erschienenen wie der durch gerichtliches Dekret angeordnete Erlafs ist auch für die in der Versammlung nicht erschienenen Gläubiger mafsgebend. Der Berufene, der auf Grund solcher Verhandlung die Erbschaft angetreten hat, kann jedem Erbschaftsgläubiger, der seine Forderung in weiterem Umfange geltend macht, die exceptio pacti oder doli entgegensetzen. Dieses Verfahren wird mit Rücksicht auf die Schonung der fama defuncti begründet; es verhütet die Erblosigkeit und die bonorum venditio. Wie es entstand, ist nicht überliefert. Reskripte von Antoninus Pius und Marcus Aurelius haben verschiedene auf das Verfahren bezügliche Einzelheiten geregelt, aber das Verfahren nicht erst eingeführt.

Die andere, wahrscheinlich jüngere Einrichtung ist eine Stundung, die dem Schuldner zur Vermeidung der cessio bonorum von den Gläubigern unter Mitwirkung des Gerichts bewilligt wird[3]. Bietet der Schuldner den Gläubigern die cessio bonorum an, während ein Teil der Gläubiger eine fünfjährige Stundung gewähren will, so soll zu Gunsten der Stundung entschieden werden, wenn die Majorität der Gläubiger dafür ist. Die Majorität wird wieder nach den Beträgen der Forderungen, eventuell nach der Kopfzahl berechnet. Bei Gleichheit der Beträge und der Zahl ist für die Stundung zu entscheiden. Von der Stundung werden auch die Hypothekengläubiger betroffen. Die Verjährung ist durch die Stundung gehemmt. Ob diese Einrichtung erst durch Justinian eingeführt wurde oder schon vorher bestand, läfst sich

[2] Dieser Vertrag wird erwähnt in l. 7 § 17 bis 19, l. 8 bis 10 pr. D. de pact. 2, 14; l. 58 § 1 D. mand. 17, 1; l. 54 § 1 D. de manum. test. 40, 4; l. 23 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

[3] Davon handelt nur die l. 8 C. qui bonis cedere poss. 7, 71 von Justinian.

nicht mit Sicherheit sagen. Der Anfang der Verordnung scheint auf eine schon bestehende Einrichtung zu deuten; aber er kann auch dahin verstanden werden, dafs vorher nur durch den Kaiser ein Moratorium gewährt werden konnte[4].

Von den zwei Einrichtungen gewann die erstgenannte für die Rechtsentwicklung die gröfsere Bedeutung. Schon zur Zeit der Glossatoren wird die Frage aufgeworfen, ob nicht die römischen Regeln über den Nachlafsvertrag bei überschuldeter Erbschaft auch bei Überschuldung eines Lebenden anwendbar seien, wenn dieser flüchtig ging. Die Glossatoren und die älteren unter den Postglossatoren verneinen die Frage[5]. Aber in der Praxis scheinen jene Regeln doch auf den Fall angewendet worden zu sein, wenn der überschuldete Schuldner flüchtig war oder flüchtig gehen wollte. In italienischen Stadtrechten wurde diese Praxis kodifiziert[6], die späteren Postglossatoren haben sie gebilligt[7].

Deutschland hat den Zwangserlafs des römisch-italienischen Rechts nur zögernd aufgenommen. Dafs die Majorität der Gläubiger dem flüchtigen Schuldner freies Geleit zur Rückkehr an seinen Wohnort giebt, um mit ihm über die Befriedigung der Gläubiger zu verhandeln, kommt am Ende des 13. Jahrhunderts zu Rostock und Lübeck vor[8]. Dagegen bedurfte es nach dem Hamburger Stadtrecht v. 1292 G. 30 der Erlaubnis aller Gläubiger, um den flüchtigen Schuldner wieder in die Stadt zu lassen[9]. Dies scheint auch der Standpunkt der Nürnberger Reformation v. 1564 (XII 6 § 1)

---

[4] Für die Annahme, dafs Justinian eine vorhandene Einrichtung reguliert hat, s. Pfeiffer, prakt. Ausf. IV S. 61; Spangenberg in Hagemanns prakt. Erörterungen IX Nr. 20; Löhr a. a. O. S. 368 ff.

[5] Citate s. bei Fuchs, Concursverf. S. 81 N. 4.

[6] Nachweise s. bei Lattes, Diritto commerciale nella codificazione statutaria c. VI § 29 N. 4, 5 und Pertile, Storia del diritto italiano VI p. 895, 896.

[7] Nachweise s. bei Fuchs a. a. O. S. 83 N. 2. — Raphael Fulgosius ad leg. 7 § 19 D. de pactis und andere nach ihm rechtfertigen die Ausdehnung folgendermafsen: die Gründe, die für den Zwangsnachlafs bei überschuldeter Erbschaft sprechen, träfen auch bei Überschuldung eines Lebenden zu; denn der Zwangsnachlafs bei der Erbschaft werde gewährt, damit ein Erbe gestellt und der Verkauf der Erbschaft vermieden werde; ebenso hätten die Gläubiger des Lebenden ein Interesse daran, dafs der flüchtige Schuldner zurückkehre.

[8] Nachweise bei Böhlau, Meckl. L.R. I S. 76 N. 70; Stobbe, Zur Gesch. d. ält. deutsch. Konkursprozesses S. 77.

[9] Vgl. Stobbe a. a. O. S. 77.

zu sein, während nach der Frankfurter Reformation v. 1609 (II 27 § 9) der Beschluſs, den flüchtigen Schuldner mit Geleit in die Stadt einzulassen, von der Mehrheit der Gläubiger gefaſst werden kann[10].

Davon, daſs die Majorität der Gläubiger mit dem Schuldner einen auch für die Minorität bindenden Accord schlieſsen kann, findet sich die älteste Spur in einer Züricher Urkunde v. 1317[11]. In Lübeck wurde nach einem Ratsschluſs v. 1330 auf die Stimmen auswärtiger Gläubiger keine Rücksicht genommen, aber das Majoritätsprinzip wurde nicht durchgeführt[12].

In dem Nürnberger Stadtrecht ist ein Schwanken bemerkbar. Hier muſs die Möglichkeit der Majorisierung gegolten haben, denn die Reformation v. 1522 (XXII 8) hebt diesen Gebrauch insoweit auf, als er Nachlässe an der Hauptsumme betrifft, wogegen ausdrücklich ausgesprochen wird, daſs die Majorität dem Schuldner einen auch die Minorität bindenden Aufschub auf fünf Jahre bewilligen kann. Dabei bleibt es auch in der Nürnberger Reformation von 1564 (XII 7). Ebenso bestimmen die Hamburger Statuten v. 1603 (I 43, 9). Nach der Frankfurter Reformation v. 1609 (II 27 § 12) gilt ein von der Majorität bewilligter Accord auch für die Minorität, wenn der Schuldner durch Unglück in Vermögensverfall geraten ist und die Obrigkeit den Accord bestätigt hat[13].

Die gemeinrechtliche Doktrin begann erst im 17. Jahrhundert, und auch dann nicht ohne Widerspruch, der Ausdehnung der römisch-rechtlichen Vorschriften über den Specialfall der Erbschaftsüberschuldung auf andere Überschuldungsfälle das Wort zu reden[14]. Lieſs sich diese Doktrin aus dem geschriebenen Rechte nicht begründen, so suchte man sie damit zu rechtfertigen, daſs die Lage verarmter Schuldner zu erleichtern sei. Die Gerichtspraxis ist dieser Wendung wahrscheinlich vorangegangen. Jedenfalls hat die Ausdehnung trotz theoretischer Bedenken allmählich allgemeine

---

[10] Vgl. Stobbe a. a. O. S. 77, 78.

[11] v. Wyſs, Gesch. d. Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich (1845) S. 51 N. 1; Stobbe a. a. O. S. 79.

[12] Vgl. Pauli, Abh. aus dem lüb. Recht, Abh. II S. 103 f. und Abh. IV; Urk.B.B. N. 51, Lüb. St.R. III 1, 13; Stobbe a. a. O. S. 79.

[13] Vgl. dazu Stobbe a. a. O. S. 79, 80.

[14] Die Nachweise s. bei Fuchs a. a. O. S. 86 N. 1, 4, 5. Dazu W. H. Puchta, Über den Concurs-Prozeſs §§ 210, 211; Bayer, Concursprozeſs § 39.

Anerkennnng gefunden und ist so zu gemeinem deutschem Gewohnheitsrechte geworden[15].

Von den deutschen partikularrechtlichen Kodifikationen des vorigen Jahrhunderts sind der Codex juris Bavarici judiciarii von 1753 (cap. 18 § 13 Nr. 2), die Hamburger Neue Fallitenordnung v. 1753 mit dem Additionalartikel v. 24. April 1772 (Art. 3) und die preufs. A.G.O. v. 1793 (I 50 §§ 589, 590, I 49 §§ 5, 6) als solche zu nennen, nach denen sowohl ein Stundungs- wie ein Nachlafsvergleich von der Majorität der Gläubiger mit Bestätigung des Gerichts beschlossen werden kann, nach den zwei letzterwähnten Kodifikationen mit der eigentümlichen Modifikation, dafs nicht der Gemeinschuldner, sondern ein Dritter die Zahlung der den Gläubigern versprochenen Beträge übernimmt.

In Frankreich war die Gültigkeit eines von der Zweidrittelsmajorität der Gläubiger beschlossenen Stundungs- oder Nachlafsvergleichs (concordat) seit der Ordonnance v. 1673 (XI art. 5 bis 7) gesetzlich anerkannt. Der Code de commerce (art. 519 bis 526) hat diese Art der Konkursbeendigung beibehalten und des näheren reguliert; er hat insbesondere das Erfordernis einer doppelten Majorität — absolute Majorität der Zustimmenden nach der Kopfzahl und Zweidrittelsmajorität der Gläubiger nach den Beträgen ihrer Forderungen — aufgestellt, welches Erfordernis in zahlreiche spätere Gesetze übergegangen ist.

Von den im 19. Jahrhundert in Deutschland erlassenen Konkursgesetzen haben die meisten den Zwangsvergleich beibehalten[16]. Dies gilt insbesondere von der preufs. K.O. v. 1855, die in den §§ 189 bis 210 den Zwangsvergleich aufgenommen und ausführlichere Regeln darüber geschaffen hat, als in einem früheren Gesetz enthalten waren. Von den Landesgesetzen, die eine Gebundenheit der Minorität an einen von der Majorität bewilligten Accord ablehnten, seien die oldenburgische Hypotheken- und Konkursordnung v. 1814 §§ 23, 24, die hannoversche Prozefsordnung v. 1850 §§ 609, 610, 626, 627, die nassauische Prozefsordnung v. 1859 § 55, die lübische Konkursordnung v. 1862, §§ 14, 15,

[15] Vgl. z. B. Dabelow, Ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse d. Gläubiger, S. 499; Fuchs, Concursverf. S. 86; Bayer, Concursprozefs § 39; Schmid, Handb. des gem. d. C.Pr. III S. 268; Windscheid, Pand. II § 358; Seuffert, Arch. I Nr. 150, V Nr. 265, VII Nr. 264, XI Nr. 320, XVII Nr. 195, XXII N. 195, XXVI Nr. 93, XXXIV Nr. 258.

[16] Vgl. Mot. z. Entw. S. 392 und den Anlagenband, wo die bis zur Einführung des Reichsgesetzes geltenden Landesgesetze zusammengestellt sind.

91 bis 95, die badische Prozefsordnung v. 1864 § 112 und die bayerische Prozefsordnung v. 1869 Art. 1316, 1317 hervorgehoben[17].

3. (Nachteile und Vorteile des Zwangsvergleichs.) Der Zwangsvergleich enthält einen Eingriff in die Rechtssphäre der Gläubiger und kann zu einer Übervorteilung derselben mifsbraucht werden. Aber die sich daraus gegen diese Einrichtung ergebenden Bedenken werden durch gewichtige für ihre Beibehaltung sprechende Gründe überwogen[18]. Die Erwerbsthätigkeit des Gemeinschuldners ist während des Konkurses gelähmt. Es ist aus socialpolitischen Erwägungen zu wünschen, dafs die Zeit der Lähmung verkürzt wird. Das geschieht durch den Zwangsvergleich. Bei Beendigung des Konkurses durch Schlufsverteilung können die Gläubiger den Rest ihrer Forderung jederzeit beitreiben. Jeder Erwerb kann dem Schuldner von den alten Gläubigern abgenommen werden. Das erschwert dem Gemeinschuldner, sich nach dem Konkurse wieder aufzuraffen. Der Zwangsvergleich entzieht den Gläubigern das Recht, den Rest ihrer Forderungen beizutreiben. Dadurch gewinnt der Gemeinschuldner eine bessere Chance, sich wieder eine haltbare wirtschaftliche Existenz zu schaffen. Vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus ist aber zu wünschen, dafs der Schuldner weiter arbeite und erwerbe. Erfahrungsgemäfs erhalten die Gläubiger bei vielen Zwangsvergleichen mehr, als sie bei Verteilung der Konkursmasse erhalten würden, weil Verwandte und Freunde des Gemeinschuldners Opfer bringen, um diesem die wirtschaftliche Rehabilitierung zu ermöglichen. Oder die Gläubiger gelangen rascher zur teilweisen Befriedigung. Wo das eine oder das andere der Fall ist, liegt der Zwangsvergleich im wohlverstandenen Interesse aller Gläubiger. Ein eigensinniger, gegen sein eigenes Interesse die Durchführung des Konkurses verlangender Gläubiger könnte seine Mitgläubiger schädigen, wenn er die Macht hätte, auf der Durchführung des Konkurses zu bestehen. Diese Macht wird dem Einzelnen durch die Unterwerfung unter den Majoritätsbeschlufs genommen.

Die Möglichkeit, den Zwangsvergleich zu mifsbrauchen, kann durch gesetzliche Kautelen gemindert werden. Das Reichsgesetz

---

[17] Andere Landesgesetze, die denselben Standpunkt einnehmen, s. Mot. S. 391, 392.

[18] Vgl. hierzu die in den Mot. S. 392 enthaltenen Erwägungen.

enthält eine ganze Reihe solcher Kautelen. Die Übervorteilung der Gläubiger durch einen Zwangsvergleich ist nach dem Urteile Geschäftskundiger seltener als der grofse Haufe glaubt.

4. (Die Konstruktion.) In der älteren Litteratur wurde der Zwangsvergleich allgemein als Vertrag zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner (eventuell dem Garanten) behandelt. Der Vertrag wurde als Erlafs- oder Stundungsvertrag bezeichnet. Die Gebundenheit der Minorität wurde auf den Gerichtsbeschlufs zurückgeführt, der die Dissentienten zum Beitritte zwingt oder ihre Zustimmung ersetzt. Dafs der Vertrag auch für die Nichterschienenen Geltung hat, betrachtete man als Kontumacialfolge, bestehend in der Fiktion des Einverständnisses mit der Majorität.

Dafs der Zwangsvergleich ein Vertrag zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner sei, war auch die Ansicht derjenigen, welche die deutsche K.O. entworfen haben[19]. In den Beratungen des Bundesrats und des Reichstags trat keine andere Ansicht hervor. Die Gebundenheit der nicht zustimmenden Gläubiger wird in den Motiven daraus erklärt, dafs der Konkurs die Gläubiger in eine rechtliche Gemeinschaft bringe, und dafs bei solcher Gemeinschaft zwingende Mehrheitsbeschlüsse gelten[20].

Dagegen sind von neueren Schriftstellern folgende Konstruktionen versucht worden:

a) Der Zwangsvergleich soll kein Vertrag, sondern ein richterliches Urteil sein, das den Konkursanspruch unter den in ihm selbst festgesetzten Modalitäten für erledigt erkennt. Dieses Urteil bedürfe eines darauf gerichteten Antrags, des sog. Vergleichsvorschlags. Das Urteil sei nur nach vorheriger causae cognitio zu erlassen. Bei dieser bilde der in gewissen Formen konstatierte Wille der Mehrzahl der Konkursgläubiger ein wichtiges Moment. Diese Willensäufserung sie nicht Vertragswille, sondern lediglich Material für die causae cognitio[21].

---

[19] Vgl. die Mot. S. 390, S. 396.

[20] Vgl. die Mot. S. 392: „Wo einzelne Personen ihre Rechte selbständig ausüben, gilt allerdings keine Mehrheit von Stimmen. Aber die Konkursgläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Konkursanspruch aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft, und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen Recht ihre Geltung."

[21] So: A. S. Schultze, Das deutsche Konkursrecht S. 114 bis 135 und in der Ztschr. f. d. ges. H.R. XXV S. 350 ff. Der Konstruktion Schultzes haben sich im wesentlichen angeschlossen v. Wilmowski, Komm. 6. Titel Bem. 2

b) Der Zwangsvergleich sei kein Vertrag, aber auch kein Urteil. Die Gebundenheit der Gläubiger an den bestätigten Zwangsvergleich beruhe unmittelbar auf Rechtssatz. Die Rechtsfolge sei in § 178 der K.O. ausgesprochen. Als Thatbestand erscheine eine zusammengesetzte Rechtsfigur: Vorschlag des Gemeinschuldners, zustimmender Beschluſs der Gläubigerversammlung, Bestätigungsdekret des Konkursgerichts. Diese drei Rechtsakte seien in ihrer Verbindung der Zwangsvergleich[22].

Diesen Konstruktionen gegenüber hält die Mehrzahl der Schriftsteller daran fest, daſs der Zwangsvergleich ein Vertrag ist[23]. Es bestehen jedoch unter den Vertretern dieser Ansicht wieder Meinungsverschiedenheiten darüber, wer den Vertrag mit dem Gemeinschuldner schlieſst, und über die damit zusammenhängende Frage, woraus sich die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen die Nichtzustimmenden ergiebt. Da die Meisten die in diesem Werke vertretene Annahme, wonach durch die Konkurseröffnung eine organisierte Gemeinschaft aller Konkursgläubiger zustande kommt, ablehnen, so müssen sie als Kontrahenten die einzelnen Gläubiger der Majorität betrachten und erklären die Wirksamkeit für und die gegen die Nichtzustimmenden entweder aus einer gesetzlichen Vertretungsmacht der die Majorität bildenden Gläubiger[24] oder kurzweg aus dem Befehle des Gesetzgebers, daſs ein solcher Vertrag für und gegen Nichtkontrahenten wirksam sein soll[25].

---

vor § 160 und Eccius, Theorie u. Praxis des gem. preuſs. Pr.R. I § 120. Auch v. Völderndorff, Komm. (2) II S. 526 ff. findet die Konstruktion theoretisch richtig, glaubt aber nicht, daſs die Konkursordnung auf diesem Standpunkte steht.

[22] Oetker, Konkursrechtliche Fragen in d. Festg. d. Rost. Jur.Fak. zu Windscheids Doktorjub. S. 30 ff., bes. S. 44. Oetker, Grundbegr. I S. 223.

[23] Vgl. Petersen u. Kleinfeller, Vorbemerkungen zu den §§ 160 bis 187 der K.O. v. 1877, 3. Aufl., S. 488 ff.; v. Sarwey u. Bossert, Bemerkungen vor. § 160, 2. Aufl., S. 767 ff.; Stieglitz S. 616; Meves S. 170 f., Endemann S. 585 und S. 593; Fitting § 45 N. 6; Fuchs, Konkursprozeſs S. 143; Kohler, Lehrb. S. 453 ff.; A. Wach, Handb. I § 6 N. 29; Wieding in v. Holtzendorffs Rechtslexikon III 2 S. 1487; Windscheid, Pand. II § 358 litt. b; ferner: Löhr, Ciuntu und F. Wach in den S. 400 N. 1 cit. Abhandlungen.

[24] So z. B. Fitting § 45 N. 6, Endemann S. 585.

[25] Darauf laufen die Ansichten von Wieding, Petersen u. Kleinfeller und Löhr a. a. O. hinaus. Im einzelnen bestehen wieder Differenzen. So fassen Petersen u. Kleinfeller die Gültigkeit der Zw.V. für und gegen

Die unter litt. a angeführte Konstruktion ist nicht haltbar. Sie ist mit der geschichtlichen Entwickelung schwer zu vereinigen und leidet an dem Fehler, dafs sie das wesentlichste Moment des prozessualischen Vorgangs, den das Gesetz Zwangsvergleich nennt, gewaltsam in den Hintergrund drängt, um ein minder wesentliches voranzustellen [26].

Die unter litt. b angeführte Ansicht giebt überhaupt keine Konstruktion des Zwangsvergleichs, sondern begnügt sich damit, die Subsumierbarkeit des gesetzlichen Thatbestandes unter eine höhere Kategorie juristischer Handlungen zu verneinen. Mit dieser Negative müfste man sich begnügen, wenn die Subsumtion in der That unmöglich wäre. Da aber der Zwangsvergleich, wie sich in der Darstellung der Einzelheiten zeigen wird, alle charakteristischen Merkmale eines gerichtlich bestätigten Vertrags aufweist, so ist jene Enthaltsamkeit nicht am Platze.

Von denjenigen Vertretern der Vertragstheorie, welche die einzelnen Gläubiger als die Kontrahenten betrachten, kann die Wirkung des Vertrags für und gegen die anderen Konkursgläubiger nicht genügend erklärt werden; denn die Annahme eines gerichtlichen Zwangs zum Beitritte hängt ebenso in der Luft, wie die Annahme einer Vertretungsmacht der Zustimmenden, und die Verweisung darauf, dafs eben das Gesetz diese Wirkung eintreten lasse, ist keine Erklärung.

Nur mittels der Annahme, dafs der Kontrahent die Gläubigerschaft in ihrer organisierten Gemeinschaft ist, die durch die Gläubigerversammlung als ihr hierzu berufenes Organ über Annahme oder Ablehnung des vom Schuldner gemachten Vertragsantrags beschliefst, läfst sich die Wirkung des Vertrags für und

---

die Nichtzustimmenden als Vertragswirkungen auf, während Löhr sie als Wirkung eines neben dem Vertrage einhergehenden gesetzlichen Thatbestandes erklärt. — Eigentümlicher Weise vertritt auch Kohler, Lehrb. S. 452 ff., der sonst die Gemeinschaft der Konkursgläubiger anerkennt, die Ansicht, dafs der Zwangsvergleich ein Vertrag der creditores qua singuli sei, und dafs hier keine Vertretung durch die Gläubigerversammlung stattfinde. Dafs der Vertrag der singuli für und gegen die Nichtzustimmenden wirkt, erklärt er daraus, dafs der Vertrag ein prozessualischer Vertrag über die Lösung des Beschlagsverhältnisses sei, die nur einheitlich erfolgen könne.

[26] Gegen Schultze polemisieren insbesondere Löhr a. a. O. S. 339 ff. und Ciuntu a. a. O. S. 45 ff. Gegen Schultze hat sich auch v. Canstein, Ztschr. f. Pr. u. öff. R. IX S. 463 und S. 490 ausgesprochen.

gegen alle Konkursgläubiger genügend erklären[27]. Hiernach ist die von Seite des einzelnen Gläubigers in der Gläubigerversammlung erklärte Zustimmung zu dem Vertragsantrage des Gemeinschuldners ebenso wie das ablehnende Votum noch nicht Annahme oder Ablehnung der Vertragsofferte, sondern Stimmabgabe, wie bei anderen Abstimmungen auch. Erst durch den Beschluſs der Gläubigerversammlung kommt die Annahme oder die Ablehnung zustande, wobei zum Annahmebeschluſs eine qualifizierte Majorität und die gerichtliche Bestätigung des Beschlusses nach vorgängiger causae cognitio erfordert wird. Daſs die Gläubigerversammlung durch ihren Beschluſs über iura singulorum verfügen kann, erklärt sich aus dem Gemeinschaftsverhältnisse, das durch den Konkurs unter den Konkursgläubigern als solchen entstanden ist.

Damit, daſs der Zwangsvergleich als ein Vertrag charakterisiert wird, ist nicht gesagt, daſs auf diesen Vertrag alle civilrechtlichen Vorschriften über Verträge anzuwenden seien. Sie kommen vielmehr nur insoweit zur Anwendung, als sich nicht aus den Vorschriften des Konkursgesetzes Abweichungen ergeben.

Ob der Zwangsvergleich, der nach seiner modernen Benennung ein Vergleich zu sein prätendiert, unter die civilrechtliche Kategorie des Vergleichs gehört, hängt davon ab, wie man den Vergleich definiert. Beschränkt man den Begriff auf den Vertrag, wodurch ein Streit oder eine Ungewiſsheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird, so ist der Zwangsvergleich kein Vergleich. Wird dagegen auch der Vertrag einbezogen, wodurch die bezüglich der Realisierbarkeit eines Anspruchs bestehende Unsicherheit im bezeichneten Wege beseitigt wird — und dies ist der Standpunkt des B.G.B. § 779 Abs. 2 — so fällt der Zwangsvergleich unter die Kategorie des Vergleichs. Übrigens hat diese Unterstellung kaum praktische Bedeutung, da der Zwangsvergleich unter besonderen Regeln steht.

5. (Möglichkeit des Zwangsvergleichs in den verschiedenen Konkursen.) Der Zwangsvergleich ist in allen Konkursen möglich mit Ausnahme des Konkurses über das Vermögen einer Genossenschaft im Sinne des R.G. v. 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. In einem solchen Konkurse findet eine Aufhebung des Konkurses durch

[27] Vgl. F. Wach a. a. O. S. 78, dessen Ansicht im wesentlichen mit der hier vertretenen übereinstimmt.

Zwangsvergleich nicht statt (§ 116 Abs. 1 Gen.Ges., Red. v. 1898) wegen der Nachschufspflicht der Genossen[28]. Ein Zwangsvergleich, dessen Wirkungen sich nicht auf die einzelnen Genossen erstreckten, hätte keinen Sinn. Und ein Zwangsvergleich, der auch die Haftung der einzelnen Genossen aufhöbe oder beschränkte, widerspräche dem Wesen der Genossenschaft, da die Genossen gerade für den Fall des Genossenschaftskonkurses zur Leistung von Nachschüssen bis zur völligen Befriedigung der Konkursgläubiger (bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht allerdings nur mit Beschränkung auf ihre Haftsumme) verpflichtet sind (§ 105 Gen.Ges., Red. v. 1898)[29].

Der Umstand, dafs Vereine und Stiftungen durch die Eröffnung des Konkurses über das Vereins- oder das Stiftungsvermögen ihre Rechtsfähigkeit verlieren, steht dem Abschlufs eines Zwangsvergleich an und für sich nicht im Wege; denn die Rechtsfähigkeit gilt in Ansehung des Konkursverfahrens als fortdauernd, und der Zwangsvergleich, der innerhalb des Konkursverfahrens liegt, kann daher von den Organen des Vereins oder der Stiftung abgeschlossen werden[30].

Eine andere Frage ist, ob Vereine und Stiftungen, die durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen die Rechtsfähigkeit verloren haben, im Zwangsvergleiche sich zu Leistungen verpflichten können, die nach der Aufhebung des Konkursverfahrens erfolgen sollen. Nur wenn das möglich ist, kann ein Zwangsvergleich abgeschlossen werden, bei dem der Verein oder die Stiftung selbst solche Verpflichtungen zu erfüllen hat. Die Möglichkeit, sich zu Leistungen zu verpflichten, die nach der Aufhebung des Konkursverfahrens erfolgen sollen, hängt von der Wiedererlangung der Rechtsfähigkeit ab. Es ist nicht ausgeschlossen, dafs der Verein oder die Stiftung die verlorene Rechtsfähigkeit nach allgemeinen Regeln wieder erlangt[31]; dann ist ein solcher Zwangsvergleich möglich. Erlangt aber der Verein oder die Stiftung die Rechtsfähigkeit nicht wieder, so scheitert die Möglichkeit eines Zwangsvergleichs daran, dafs der Verein oder die Stiftung sich nicht verpflichten kann. Dagegen kann auch ohne Wiedererlangung der

---

[28] So schon § 51 Abs. 3 Satz 5 des Gen.Ges. v. 4. Juli 1868, dann § 196 Abs. 2 K.O. v. 1877.

[29] Vgl. die Begründ. d. Entw. e. Gen.Gesetzes, Drucks. d. Reichst. 7. Leg.Per. IV. Sess. 1888 89 Nr. 98 S. 125.

[30] Vgl. oben S. 235 Ziff. 1 Abs. 4.

[31] Vgl. oben S. 235 Ziff. 1 Abs. 5.

Rechtsfähigkeit ein Zwangsvergleich geschlossen werden, durch welchen die Konkursmasse den Gläubigern zur aufsergerichtlichen Auseinandersetzung übereignet wird[32] oder nach welchem ein Dritter[33] die reduzierten Forderungen der Vereins- oder Stiftungsgläubiger zu erfüllen übernimmt; denn einem solchen Vergleiche steht der Mangel der Rechtsfähigkeit des Vereins oder der Stiftung nicht im Wege.

Was in den vorstehenden zwei Absätzen über den Zwangsvergleich in dem Konkurs über das Vermögen von Vereinen und Stiftungen gesagt ist, findet entsprechende Anwendung auf den Zwangsvergleich im Konkurs über das Vermögen einer Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ohne Rekonstituierung der durch die Konkurseröffnung aufgelösten Gesellschaft kann kein Zwangsvergleich zustande kommen, in welchem die Gesellschaft selbst Verpflichtungen übernimmt[34].

In dem Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand kann ein Zwangsvergleich nur mit den Gemeinschaftern als den Gemeinschuldnern des Gemeinschaftskonkurses[35] geschlossen werden. Daher ist im Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien zum Abschlusse des Zwangsvergleichs ein von allen persönlich haftenden Gesellschaftern ausgehender Vergleichsvorschlag erforderlich (§ 211 Abs. 1); daher kann im Nachlafskonkurse, bei dem mehrere Erben als Gemeinschuldner beteiligt sind, ein Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller Erben geschlossen werden (§ 230 Abs. 1).

Im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft hat nur der überlebende Ehegatte die Stellung des Gemeinschuldners[36]; mit ihm ist der Zwangsvergleich zu schliefsen.

In dem Konkurs über das Gesamtgut, dessen Auseinandersetzung nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft noch nicht erfolgt ist[37], kann der Zwangsvergleich nur mit beiden Ehegatten geschlossen werden.

---

[32] Vgl. unten S. 413 ff.

[33] Als Dritte kommen auch die einzelnen Mitglieder des Vereins in Betracht.

[34] Über Fortsetzung solcher Gesellschaften nach Aufhebung des Konkursverfahrens wegen Zwangsvergleichs s. § 307 Abs. 2 H.G.B. und § 60 Nr. 4 R.G. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haft., Red. v. 1898.

[35] Vgl. oben S. 75 Abs. 4.

[36] Vgl. oben S. 75 Abs. 6.

[37] Vgl. oben S. 71 N. 10 Abs. 1 Satz 2.

§ 54.

2. Der Vergleichsvorschlag.

1. Der Vorschlag zu einem Zwangsvergleiche kann nur von dem Gemeinschuldner ausgehen. Von dem Konkursverwalter, einem Konkursgläubiger oder dem Konkursrichter kann angeregt werden, dafs der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich vorschlage; aber diese Anregung ist noch kein Vergleichsvorschlag.

Wer in den verschiedenen Konkursen Gemeinschuldner ist, ist oben S. 74, 75 erörtert. Aus diesen Erörterungen ergiebt sich, dafs der Vergleichsvorschlag im Konkurs über das Vermögen einer prozefsunfähigen Person von dem gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners, im Nachlafskonkurse von dem Erben[1], im Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person von deren Organen, im Konkurs über das Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand von den Gemeinschaftern ausgehen mufs; doch kann im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte ohne die Abkömmlinge den Vergleich vorschlagen, weil er befugt ist, allein für die Gemeinschaft zu handeln.

Sind bei einem Konkurse mehrere Personen als Gemeinschuldner beteiligt, so mufs der Vorschlag von allen gemacht werden; denn der Vorschlag des Einzelnen könnte nur einen Vertrag mit diesem herbeiführen; dann könnte das Verfahren nur diesem gegenüber beendigt werden, und dadurch würde, ganz abgesehen von materiellrechtlichen Schwierigkeiten, der Zweck des Vergleichs, d. i. die Beendigung des Konkurses, nicht erreicht. Im Gesetz ist die Notwendigkeit eines von allen Gemeinschuldnern ausgehenden Vorschlags für den Fall des Konkurses einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner für den Fall des Nachlafskonkurses, bei dem mehrere Erben beteiligt sind, speciell

---

[1] Ein Testamentsvollstrecker kann keinen Zwangsvergleich vorschlagen, weil er nicht berechtigt ist, Verpflichtungen einzugehen, für die der Erbe unbeschränkt mit seinem Vermögen haftet; solche Verpflichtungen entstehen aber bei jedem Zwangsvergleich im Nachlafskonkurs, vgl. unten S. 442. Ein Nachlafspfleger im Sinne des § 1960 Abs. 2 B.G.B. kann keinen Zwangsvergleich vorschlagen, weil er blofs zur Sicherung des Nachlasses befugt ist (§ 1960 Abs. 1 B.G.B.). Die Nachlafsverwaltung im Sinne der §§ 1981 ff. B.G.B. endigt mit der Eröffnung des Nachlafskonkurses (§ 1988 Abs. 1 B.G.B.).

ausgesprochen (§ 211 Abs. 1, § 230 Abs. 1). Für andere Konkurse mit mehreren Gemeinschuldnern mufs das Gleiche gelten.

Der Vorschlag kann sofort nach der Eröffnung des Verfahrens gemacht werden, auch schon vor dem allgemeinen Prüfungstermin (vgl. § 180); er kann nur gemacht werden, solange die Vornahme der Schlufsverteilung noch nicht vom Gerichte genehmigt ist (§ 173)[2].

Der Vorschlag ist bei dem Konkursgerichte schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären. Der Vorschlag kann durch einen Bevollmächtigten gemacht werden.

Der Vergleichsvorschlag mufs angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Weise eine Sicherstellung der Gläubiger erfolgen soll (§ 174).

Nach dem Begriffe des Zwangsvergleichs mufs der Vorschlag auf teilweise Befriedigung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger lauten, wobei Befriedigung zu späterer Zeit auch als teilweise Befriedigung in Betracht kommt.

Wird sofortige Befriedigung mit einem bestimmten Prozentsatze der Forderungen vorgeschlagen, so ist ein Nachlafsvergleich in Frage. Lautet der Vorschlag auf Befriedigung der ganzen Forderungen auf einmal oder in Raten, so handelt es sich um einen Stundungsvergleich. Nachlafs- und Stundungsvergleich können kombiniert werden. Der Vorschlag eines Nachlafs- oder Stundungsvergleichs ermangelt der nötigen Bestimmtheit und ist deshalb unbrauchbar, wenn er nicht angiebt, wieviel Prozente den Gläubigern geboten werden und wann diese Prozente gezahlt werden sollen.

Der Vorschlag kann auch dahin lauten, dafs die Gläubiger durch eine Hingabe an Erfüllungsstatt (datio in solutum) befriedigt werden sollen. Und zwar kann der Vorschlag sowohl dahin gehen, dafs einzelne Gläubiger, wie auch dahin, dafs alle Gläubiger durch Hingabe an Erfüllungsstatt abgefunden werden sollen. Zur Hingabe an Erfüllungsstatt können Bestandteile der Konkursmasse oder auch die ganze Konkursmasse verwendet werden. Es ist insbesondere auch zulässig, dafs ein Vergleich vorgeschlagen und beschlossen wird, wonach die Gläubiger eine bestimmte Vermögensmasse oder die ganze Konkursmasse übereignet bekommen, um

[2] Vgl. oben S. 362 f.

diese Masse unter sich aufsergerichtlich zu teilen[3]. Auch das ist möglich, dafs die Übereignung an einen Vertreter der Gläubiger erfolgt, der die Auseinandersetzung zu besorgen hat, oder dafs ein Gläubiger die ganze Masse erhält und sich verpflichtet, den anderen Gläubigern gewisse Prozente auszuzahlen[4]. Dafs bei diesen Vergleichen eine nachträgliche Auseinandersetzung oder eine nachträgliche Liquidation stattfinden mufs, ist kein Grund, sie als unzulässig zu erachten, da das Konkursverfahren auch durch einen solchen Vergleich sein Ende erreicht.

Zulässig ist auch ein Vergleichsvorschlag, der dahin geht, dafs ein Dritter den Gläubigern Befriedigung gewähren soll, sei es, dafs der Dritte Mitschuldner oder Bürge des Gemeinschuldners wird, sei es, dafs er allein für die Befriedigung der Gläubiger haftet[5]; denn die Schuldübernahme durch einen Dritten ist auch eine Befriedigungsart, und es ist kein Grund abzusehen, warum die Gläubigerschaft, die mit dem Gemeinschuldner sowohl über das Mafs wie auch über die Art der Befriedigung der Forderungen der Gläubiger paktieren kann, sich nicht mit dieser Art der Befriedigung zufrieden geben könnte.

Sicherstellung der Befriedigung ist zum Zwangsvergleiche nicht notwendig; daher ist das Angebot einer solchen nicht wesentlich für den Inhalt des Vergleichsvorschlags. Wird aber Sicherstellung angeboten, so mufs gesagt werden, in welcher Weise sie bewirkt werden soll (§ 178), sonst ist der Vorschlag nicht bestimmt genug.

Wegen Mangels genügender Bestimmtheit ist ein Vergleichsvorschlag unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung unbrauchbar; denn ein solcher Vorschlag könnte nur zu einem bedingten Vertragsabschlusse und folglich nur zu einer be-

---

[3] Vgl. die Motive S. 406 (unten) und Kohler, Lehrb. S. 470 f. — Vgl. a. Code de comm. art. 541 in der Fassung des Ges. v. 17. Juli 1856. Ein solcher Vergleich heifst concordat par abandon total ou partiel de l'actif.

[4] Ein solcher Vergleich braucht dem Gebote der gleichmäfsigen Befriedigung (§ 181 Satz 1) nicht zu widersprechen, ganz abgesehen davon, dafs dem Gläubiger, welcher die Befriedigung der anderen Gläubiger übernimmt, mit Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger Vorteile bewilligt werden können (§ 181 Satz 2).

[5] Vgl. v. Wilmowski § 161 N. 1; Kohler, Lehrb. S. 470. A. M.: Oetker, Konkursrechtliche Fragen, in der Festgabe der Rostocker Juristenfakultät zu Windscheids Doktorjubiläum, S. 47 f. und in den Grundbegr. I S. 227.

dingten Beendigung des Verfahrens führen, was im höchsten Grade zweckwidrig wäre[6].

Ein Vergleichsvorschlag mit Anfangstermin ist vor dem Termine bedeutungslos. Ein Vorschlag mit Endtermin hat wegen der Möglichkeit, den Vorschlag zurückzuziehen, keine praktische Bedeutung.

Der Vergleichsvorschlag kann vom Gemeinschuldner zurückgezogen werden, bis er von der Gläubigerversammlung angenommen ist[7]. Die civilrechtlichen Vorschriften über die Gebundenheit an einen Vertragsantrag (§§ 147, 148 B.G.B.) passen nicht auf diesen Vertragsantrag. Überdies ist die Zurückziehbarkeit im Gesetze (§ 176) implicite vorausgesetzt. Der Gemeinschuldner kann auch nicht auf die Zurückziehung verzichten; denn zum Zustandekommen des Vergleichs gehört, dafs der Vergleichsvorschlag in dem Termin, in dem die Gläubigerversammlung über dessen Annahme beschliefst, reproduziert oder doch aufrecht erhalten wird; und es fehlt an jedem Mittel, um den Gemeinschuldner dazu zu nötigen, dafs er in diesem Termine den früheren Vergleichsvorschlag aufrecht erhält.

Weil der Vergleichsvorschlag in dem Vergleichstermine reproduziert werden mufs, wird ein Vergleichsvorschlag hinfällig, wenn der Gemeinschuldner vor dem Termine stirbt. Der Erbe kann einen Vergleichsvorschlag gleichen oder anderen Inhalts machen; aber auch der Vergleichsvorschlag gleichen Inhalts ist ein neuer Vergleichsvorschlag und als solcher neu zu instruieren, weil der Kontrahent ein Anderer ist als der Erblasser.

2. Unzulässig ist ein Zwangsvergleich und daher auch ein Vergleichsvorschlag unter folgenden Umständen:

a) solange der Gemeinschuldner flüchtig ist (§ 175 Nr. 1). Ob der Gemeinschuldner flüchtig ist, ist Thatfrage. Nicht jede Entfernung vom Wohnorte ist Flucht, auch nicht, wenn sich der Gemeinschuldner ohne gerichtliche Erlaubnis entfernt hat (vgl. § 101

---

[6] Kohler, Lehrb. S. 474 hält einen aufschiebend bedingten Abschlufs des Zwangsvergleichs für zulässig, allerdings in der Weise, dafs die Aufhebung des Verfahrens erst nach Eintritt der Bedingung erfolgt.

[7] Diejenigen Schriftsteller, welche den Zwangsvergleich für ein Urteil halten, nehmen die Zurückziehbarkeit bis zur Erlassung des gerichtlichen Bestätigungsbeschlusses an. So Eccius, pr. Pr.R. I § 120 N. 3; v. Wilmowski § 163 N. 1 Abs. 3. — Oetker, Konkursrechtl. Fragen, S. 53 stimmt mit dem Texte überein, obwohl er den Zw.V. nicht als Vertrag betrachtet.

Abs. 1). Flucht ist vielmehr bloſs dann anzunehmen, wenn sich der Gemeinschuldner in der Absicht entfernt hat, um sich seinen Gläubigern zu entziehen oder um Vermögensstücke bei Seite zu bringen. Kehrt der Gemeinschuldner zurück, so ist der Vergleich nicht wegen der früheren Flucht unzulässig[8];

b) solange der Gemeinschuldner den Offenbarungseid in diesem Konkursverfahren verweigert (§ 175 Nr. 1). Vorausgesetzt wird, daſs der Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides von einer zur Ladung berechtigten Person ordnungsmäſsig geladen worden ist (§ 125) und daſs er entweder in dem Termine nicht erschienen ist oder den Eid rechtswidrig verweigert[9]. Daſs die Verhaftung des Gemeinschuldners angeordnet ist, wird nicht vorausgesetzt. Die frühere Weigerung ist kein Hindernis des Zwangsvergleichs, wenn der Gemeinschuldner den Eid später geleistet hat;

c) solange gegen den Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts (§ 239) eine gerichtliche Untersuchung (d. i. eine gerichtliche Voruntersuchung im Sinne der §§ 176 ff. Str.Pr.O. oder das Hauptverfahren im Sinne der §§ 201, 205 Str.Pr.O.) oder ein wieder aufgenommenes Verfahren (§ 399 Str.Pr.O.) anhängig ist (§ 175 Nr. 2 K.O.)[10]. Sind über verschiedenes Vermögen derselben Person mehrere Konkurse eröffnet[11], so hindert die Untersuchung etc. wegen betrüglichen Bankerutts den Zwangsvergleich nicht in allen, sondern nur in demjenigen Konkurs, in Bezug auf welchen die strafbare Handlung begangen worden sein soll;

d) wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts (§ 239) rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 175 Nr. 3). Auch die Verurteilung hindert den Zwangsvergleich nur in demjenigen Konkurse, mit welchem das Delikt zusammenhängt; keinesfalls bildet die wegen eines früheren Konkurses erfolgte Verurteilung ein Hindernis des Zwangsvergleichs in einem späteren Konkurse[12].

---

[8] Vgl. die Mot. S. 409.

[9] Wegen der Entscheidung über die Rechtmäſsigkeit einer Eidesverweigerung, s. oben S. 394 N. 34.

[10] Man beachte die Verschärfung gegenüber dem § 162 Nr. 2 K.O. v. 1877. Die Verschärfung wurde in der Kommission des Reichstags beschlossen. Vgl. Komm.Ber. v. 1898 S. 34.

[11] Vgl. oben S. 68 Abs. 4, S. 73 Abs. 3, S. 74 Abs. 3, S. 89 Nr. 7.

[12] Vgl. Petersen u. Kleinfeller § 162 N. 3, v. Sarwey u. Bossert § 162 N. 6, v. Völderndorff § 162 N. h, Fitting § 46 N. 10, Kohler, Lehrb. S. 475. A. M.: v. Wilmowski § 162 N. 5, Endemann S. 591, Dernburg, pr. Pr.R. II § 126 Ziff. 3 litt. b.

Ad litt. a bis d:

Sind bei dem Konkurse mehrere Personen als Gemeinschuldner beteiligt (z. B. bei dem Konkurse der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter), so ist der Zwangsvergleich unzulässig, wenn auch nur in der Person eines Gemeinschuldners ein Unzulässigskeitsgrund vorliegt.

In dem Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person ist der Zwangsvergleich unzulässig, solange eine als ihr Organ fungierende Person wegen des Konkurses flüchtig ist oder den Offenbarungseid verweigert oder wegen einer in der Eigenschaft als Organ begangenen Handlung in Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts ist, desgleichen wenn sie wegen einer als Organ begangenen betrüglichen Bankerutthandlung verurteilt worden ist[18].

In einem Konkurse, der durch den Tod des Gemeinschuldners ein Nachlafskonkurs geworden ist, kann ein Zwangsvergleich mit dem Erben geschlossen werden, obgleich in der Person des Erblassers ein Unzulässigkeitsgrund vorlag.

3. Wird ein Vergleich vorgeschlagen, so hat das Konkursgericht von Amtswegen zu prüfen, ob der Vorschlag seinem Inhalte nach den oben angeführten Erfordernissen entspricht und ob die Zulässigkeit eines Vergleichs nicht durch § 175 ausgeschlossen ist. Entspricht der Vorschlag jenen Erfordernissen nicht oder ist ein Ausschliefsungsgrund vorhanden, so hat das Konkursgericht den Vorschlag ohne weiteres zurückzuweisen. Aus den in § 187 angeführten Gründen darf der Vorschlag nicht zurückgewiesen werden.

Wohl aber kann das Gericht einen ordnungsmäfsigen und zulässigen Vergleichsvorschlag zurückweisen, wenn bereits in demselben Konkursverfahren ein Vergleichsvorschlag von der Gläubigerversammlung abgelehnt oder von dem Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins zurückgezogen worden ist. Aus diesen Gründen darf das Gericht aber nicht von Amtswegen, sondern nur auf übereinstimmenden Antrag des Verwalters und des Gläubigerausschusses, wenn kein Ausschufs bestellt ist, auf Antrag des Verwalters die Abweisung beschliefsen (§ 176). Um dem Verwalter und dem Ausschusse Gelegenheit zu geben, einen solchen Antrag

[18] Bei welchen juristischen Personen etc. die Organe das Delikt des betrüglichen Bankerutts begehen können, ist aus § 244 K.O. zu entnehmen. Eine Ausdehnung auf Organe anderer Personenverbände dürfte durch § 2 Abs. 1 Str.G.B. ausgeschlossen sein.

zu stellen, wird das Gericht den Vergleichsvorschlag den Genannten mitteilen, wenn die Voraussetzungen des Antrags gegeben sind. Der Antrag nötigt das Gericht nicht zur Zurückweisung des Vergleichsvorschlags, sondern es hat bei der Entscheidung über den Antrag freies Ermessen. Es wird die Chancen des neuen Vorschlags prüfen und auch darauf achten, ob der wiederholte Vorschlag nicht blofs zur Verschleppung des Verfahrens gemacht worden ist.

Der den Vergleichsvorschlag zurückweisende Beschluſs ist in allen Fällen demjenigen, von welchem er ausgeht, im Falle des § 176 auch dem Verwalter als dem Antragsteller von Amtswegen zuzustellen. Jener kann den Beschluſs mit der sofortigen Beschwerde anfechten (arg. § 73 Abs. 3). Wird ein Antrag auf Zurückweisung des Vorschlags (§ 176) abgelehnt, so ist der Beschluſs dem Verwalter zuzustellen und kann von diesem angefochten werden; nicht von dem Gläubigerausschusse, weil der Zurückweisungsantrag formell von dem Verwalter ausgeht.

Wird der Vergleichsvorschlag nicht a limine zurückgewiesen, so ist er von dem Gerichte dem Gläubigerausschusse mitzuteilen mit der Aufforderung, sich über die Annehmbarkeit des Vorschlags gutachtlich zu erklären (§ 177 Abs. 1). Die Mitteilung an den Ausschuſs enthält noch keine positive Entscheidung über die Zulassung. Das Gericht kann den Vorschlag noch immer zurückweisen, wenn sich herausstellt, daſs er nicht ordnungsmäſsig oder nicht zulässig ist oder wenn ein Antrag nach § 176 gestellt wird.

Es ist zweckmäſsig, dem Ausschuſs eine Frist zur Abgabe der Erklärung zu setzen. Giebt der Ausschuſs keine Erklärung ab, so ist das Verfahren gleichwohl fortzusetzen; denn der Ausschuſs kann nicht die Macht haben, durch eine Unterlassung das Vergleichsverfahren abzuschneiden, da er dies nicht einmal durch ein ablehnendes Gutachten vermöchte. Auch ist der Mangel einer gutachtlichen Äuſserung des Ausschusses kein Grund, dem von der Gläubigerversammlung angenommenen Vergleich die gerichtliche Bestätigung zu versagen; denn die Gläubigerversammlung ist das höhere Organ und kann sich als solches über die gutachtliche Äuſserung des Ausschusses hinwegsetzen.

Erklärt sich der Gläubigerausschuſs gegen die Annehmbarkeit des Vergleichsvorschlags, so ist ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die Verwertung der Masse nicht zu berücksichtigen (§ 177 Abs. 2). Der Verwalter hat also mit der Verwertung fortzufahren; das Gericht kann die Verwertung nicht wegen des Vergleichsvor-

schlags untersagen, während ihm sonst diese Befugnis zusteht (§ 135 Abs. 2 mit § 133 Nr. 1). Die Schliefsung des Geschäfts kann das Gericht auf Antrag des Gemeinschuldners mit Rücksicht auf den eingereichten Vergleichsvorschlag untersagen, auch wenn der Gläubigerausschufs sich gegen die Annahme des Vergleichs ausgesprochen hat (§ 130 Abs. 2).

Der Zwangsvergleichsvorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen (§ 178). Auf die Erteilung von Abschriften findet § 299 C.Pr.O Anwendung (arg. § 72 K.O.).

Hat der Gemeinschuldner einen nicht a limine zurückgewiesenen Zwangsvergleich eingereicht, so kann das Gericht den Termin zur Beschlufsfassung über die Wahl eines anderen Verwalters sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses und den Prüfungstermin verbinden (§ 110 Abs. 2).

§ 55.

3. Die Vergleichsverhandlung.

1. Die Vergleichsverhandlung findet in einem Termine statt (Vergleichstermin). Der Termin ist anzuberaumen, wenn die oben bezeichneten Schriftstücke auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt sind. Er soll nicht über einen Monat hinaus angesetzt werden (§ 179 Satz 1); jedoch wird die Gültigkeit des Verfahrens durch einen Verstofs gegen diese instruktionelle Vorschrift nicht beeinträchtigt. Der Termin ist auf einen nach dem allgemeinen Prüfungstermine gelegenen Tag anzusetzen; er kann jedoch auf gemeinsamen Antrag des Gemeinschuldners[1] und des Gläubigerausschusses und, wenn kein Ausschufs da ist, auf Antrag des

[1] Die Verfasser der Mot. S. 412 sprechen von einem Antrage des Verwalters. Daher glaubt v. Völderndorff (2) II S. 566 „Gemeinschuldner" sei Druckfehler des Entwurfs und des Gesetzes. Das ist nicht richtig. Vielmehr beruht es auf einem Irrtum, dafs die Verfasser der Motive statt des Gemeinschuldners den Verwalter nennen. Die Entstehungsgeschichte des jetzigen § 180 ist vollständig klargelegt worden in den Verhandlungen der Reichstagskommission v. 1898; vgl. Komm.Ber. v. 1898 S. 35, 36. Danach kann kein Zweifel mehr bestehen, dafs „Gemeinschuldner" kein Druckfehler ist. Es erscheint auch sachlich gerechtfertigt, dafs der Gemeinschuldner die Verbindung der Termine verlangen kann; denn der Gemeinschuldner ist an der Beschleunigung am meisten interessiert.

Gemeinschuldners mit dem allgemeinen Prüfungstermin in der Weise verbunden werden, dafs er auf denselben Tag angesetzt wird (§ 180). Dann aber mufs zuerst der Prüfungstermin abgehalten werden; nachher kann die Vergleichsverhandlung stattfinden (arg. § 173). Gegen die Ablehnung des Antrags auf Verbindung der Termine steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 3).

Der Vergleichstermin ist öffentlich bekannt zu machen. Aufserdem sind der Gemeinschuldner, der Verwalter sowie die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, noch besonders zu laden, wobei den Gläubigern der Inhalt des Vergleichsvorschlags und die Erklärung des Ausschusses mitzuteilen sind (§ 179 Abs. 1). Die besondere Ladung ist nicht Bedingung der Gültigkeit des weiteren Verfahrens (§ 76 Abs. 3); daher auch jene Mitteilung nicht. In der Bekanntmachung ist zu bemerken, dafs der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Ausschusses auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt seien (§ 179 Abs. 2).

In dem Termine kann über den Vergleich nur verhandelt und Beschlufs gefafst werden, wenn der Gemeinschuldner oder ein Vertreter desselben erschienen ist[2]. Der schriftliche, in dem Termine nicht reproduzierte Vergleichsvorschlag ist nichts, was von der Gläubigerversammlung angenommen werden könnte. Erst in der mündlichen Reproduktion liegt der Vertragsantrag, der durch das

---

[2] Der Entw. e. G.Sch.O. § 174 verlangte das persönliche Erscheinen des G.Sch. Nur im Falle einer Krankheit oder anderer unabwendbarer Hindernisse sollte ein Vertreter zugelassen werden. Die Mot. z. Entw. e. K.O. S. 412 erwähnen, dafs dies in einigen Gesetzgebungen vorgeschrieben sei; erklären aber, dafs sich der Entwurf nicht anschliefsen wolle. „Der Abschlufs kann auf Grund des urkundlich festgestellten Vorschlags, und die Verhandlung über diesen kann durch einen Vertreter des Gemeinschuldners erfolgen.“ S. 413 wird dann gesagt, dafs der Gemeinschuldner den Vergleichsvorschlag zu begründen habe; also mufs er oder sein Vertreter anwesend sein. Abgesehen von diesen Materialien ergiebt sich die Notwendigkeit der Anwesenheit des Gemeinschuldners oder eines Vertreters daraus, dafs die Vergleichsverhandlung eine mündliche Verhandlung ist. Auch die Gläubiger können nicht schriftlich verhandeln und nicht schriftlich abstimmen. — Die im Text aufgestellte Ansicht wird von allen Kommentatoren und den anderen Schriftstellern geteilt — bis auf Endemann S. 597. Dieser hält eine Verhandlung und Beschlufsfassung über den Vergleichsvorschlag auch für zulässig, wenn weder der Gemeinschuldner noch für ihn ein Vertreter erschienen ist.

Hinzutreten der Annahme zum Vertrage werden kann. Übrigens knüpft das Gesetz an die Versäumnis des Termins durch den Gemeinschuldner auch keine weitere Folge, als daſs eben der Termin nicht abgehalten werden kann; es steht also nichts im Wege, einen neuen Termin zur Verhandlung über den alten Vergleichsvorschlag zu bestimmen, wenn dies von einem Beteiligten aus triftigen Gründen beantragt wird. Der Vergleichsvorschlag gilt nicht als zurückgezogen.

Soll sich ein Dritter als Bürge, Mitschuldner oder Selbstschuldner bei dem Vergleiche beteiligen, so muſs auch dieser seinen Antrag in dem Termine reproduzieren. Natürlich kann er seine Erklärung durch einen Vertreter abgeben; der Gemeinschuldner kann sein Vertreter sein.

Die Anwesenheit des Verwalters im Vergleichstermin ist nicht unbedingt notwendig.

Der im Termine gemachte Vergleichsvorschlag kann von dem früheren verschieden sein. Gewährt er den Gläubigern bessere Bedingungen, so kann darüber abgestimmt werden. Weicht der Vorschlag zu Ungunsten der Gläubiger von dem früheren ab, so muſs er als neuer Vorschlag instruiert und in einem späteren Vergleichstermine zur Abstimmung gebracht werden; denn die nichterscheinenden Gläubiger dürfen darauf rechnen, daſs kein ungünstigerer Vorschlag als der mitgeteilte zur Abstimmung gelange[3].

2. Die oben (S. 413 ff.) erörterten Möglichkeiten des Inhalts des Vergleichsvorschlags ergeben die Möglichkeiten des Vergleichsinhalts.

Unzulässig ist die ungleiche Behandlung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger in dem Vergleiche (§ 181 Satz 1). Der Vergleich darf nicht einzelnen dieser Gläubiger höhere Prozentsätze, nähere Zahlungsfristen oder bessere Sicherstellung als den anderen gewähren. Werden den Gläubigern Massebestandteile an Zahlungsstatt zugeteilt, so muſs ebenfalls die Gleichheit eingehalten werden.

Das Verbot der ungleichen Behandlung ist insofern kein absolutes, als bessere Bedingungen an einzelne mit ausdrücklicher Einwilligung aller zurückgesetzten Gläubiger gewährt werden dürfen (§ 181 Satz 2). Die Einwilligung kann mündlich und schriftlich,

[3] Vgl. v. Wilmowski § 166 N. 2 Abs. 1.

vor und in dem Termin erklärt werden. Sie ist bis zum Abschlusse des Vergleichs widerruflich. Treten nach dem Abschlusse des Vergleichs Gläubiger auf, die dem Gericht unbekannt waren, so haben sie, da sie in die Zurücksetzung nicht eingewilligt haben, Anspruch auf die besseren Vergleichsbedingungen; daher darf sich das Gericht mit der Einwilligung derjenigen zurückgesetzten Gläubiger begnügen, welche ihm bekannt sind.

Das Verbot der ungleichen Behandlung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger ist im Bestätigungsverfahren von Amtswegen zu beachten. Der Zwangsvergleich ist zu verwerfen, wenn darin oder nebenher einem Gläubiger eine Bevorzugung gewährt wird ohne die Einwilligung aller zurückgesetzten Gläubiger.

Ohne diese Einwilligung ist jedes vor oder nach dem Vergleiche getroffene Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Konkursgläubigern, wodurch diese bevorzugt werden sollen, nichtig (§ 181 Satz 3)[4]. Diese Nichtigkeit kann verteidigungsweise geltend gemacht werden, wenn ein Anspruch aus dem Abkommen verfolgt wird. Was auf Grund eines solchen Abkommens geleistet wird, ist ungerechtfertigte Bereicherung, weil das Abkommen nichtig ist.

Die ungerechtfertigte Bereicherung kann zurückgefordert

---

[4] Kasuistik: Eine Bevorzugung kann darin liegen, dafs ein Konkursgläubiger für Abtretung seiner Forderung eine die Vergleichsquote übersteigende Valuta erhält; vgl. preufs. O.Tr. in Striethorsts Archiv f. Rechtsf. XLVI S. 353, R.G.Entsch. XXX S. 23. — Ein gegen § 181 verstofsendes Abkommen ist auch nichtig, wenn der erwartete Zwangsvergleich nicht zustande kommt; es ist gleichgültig, ob der Gemeinschuldner um die von einem Dritten zugesagte Bevorzugung weifs, ob der Bevorzugte sich an der Beschlufsfassung über den Vergleich beteiligt, ob er für oder gegen den Vergleich gestimmt hat; vgl. R.G.Entsch. XXVIII S. 96, XXX S. 24, Beitr. z. Erl. d. D.R. XXIX S. 1034. — Die Nichtigkeit hängt nicht davon ab, dafs das die Bevorzugung enthaltende Abkommen blofs für den Fall des Zwangsvergleichs getroffen wurde; vgl. R.G.Entsch. XXVIII S. 99. — Dagegen ist gültig das von dem Gemeinschuldner einem Konkursgläubiger ohne Beziehung auf einen etwaigen Zwangsvergleich gegebene Versprechen, ihn vollständig zu befriedigen, wenn er seine Forderung nicht zum Konkurs anmelde; vgl. R.G. 5. Jan. 1889 Reichsanzeiger 1889 S. 215. — Ein erst nach der Bestätigung des Zwangsvergleichs getroffenes Abkommen, wodurch nachträglich einem Konkursgläubiger volle Befriedigung oder eine gröfsere Quote versprochen wird, ist nicht nichtig, denn es steht aufser Kontakt mit dem früheren Vergleiche. A. M.: Petersen u. Kleinfeller § 168 N. 1. Allerdings wird man scharf zusehen müssen, ob das Abkommen nicht schon vor dem Vergleiche geschlossen war und nur nach dem Vergleiche datiert ist, um das Gesetz zu umgehen.

werden, wenn nicht die Rückforderung durch § 817 Satz 2 B.G.B. ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen ist die Rückforderung nur, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, dafs sowohl der Empfänger durch die Annahme, als auch der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstofsen hat. Dies trifft sicher zu, wenn der besondere Vorteil zu dem Zwecke gewährt und genommen wurde, um die Stimme des Empfängers für den Zwangsvergleich zu kaufen; dadurch verstofsen beide Teile gegen das in § 243 enthaltene gesetzliche Verbot. Eine beiden Teilen zur Last fallende und daher die Rückforderung ausschliefsende turpis causa ist auch vorhanden, wenn der besondere Vorteil gewährt wird, um den Empfänger abzuhalten, den anderen Gläubigern mitzuteilen, dafs der Gemeinschuldner mehr Vermögen habe, als er angiebt. Keineswegs liegt aber in jeder Bevorzugung eine turpis causa im Sinne des § 817 B.G.B.

Strafrechtlichen Schutz gegen Bevorzugung zum Zwecke des Stimmenkaufs enthalten die Vorschriften des § 243 K.O.

3. Vor der Abstimmung über den Vergleichsvorschlag sind die Stimmrechte nach den Vorschriften der §§ 95, 96 festzustellen[5], und zwar auch die Stimmrechte solcher Gläubiger, die Forderungen angemeldet haben, aber im Vergleichstermine nicht erschienen sind, denn ihr Stimmrecht kommt bei Berechnung der drei Vierteile des § 182 Abs. 1 Nr. 2 in Betracht.

Was oben S. 167, 168 über die Berechtigung zur Teilnahme an einer Gläubigerversammlung und über das Stimmrecht gesagt ist, gilt auch für die Gläubigerversammlung, welche über den Vergleichsvorschlag zu beschliefsen hat, mit folgenden, sich aus dem Gegenstande der Beschlufsfassung ergebenden Modifikationen:

a) Kein Stimmrecht haben diejenigen Gläubiger, welche ein Vorzugsrecht (im Sinne des § 61 Nr. 1 bis 5) beanspruchen, weil die bevorrechtigten Gläubiger nicht an dem Zwangsvergleich teilnehmen (vgl. §§ 173, 191 Abs. 2). Die Anmeldung eines Vorzugsrechts (nicht erst dessen Feststellung!) schliefst von der Abstimmung aus, weil der betreffende Gläubiger sich mit der Anmeldung seines Vorrechts abseits von den am Zwangsvergleich beteiligten Gläubigern stellt.

b) Im Nachlafskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut

---

[5] Ein Formular der Stimmliste für den Vergleichstermin s. Weizsäcker (Vierhaus), Formularbuch zu den deutschen Prozefsordnungen, 1. Abt. Nr. 201/202.

bei fortgesetzter Gütergemeinschaft haben kein Stimmrecht diejenigen Gläubiger, welchen die in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen zustehen (§ 230 Abs. 2 Satz 1, § 236 Abs. 1). Da diese Gläubiger erst Befriedigung beanspruchen können, wenn die anderen Gläubiger vollständig befriedigt sind, so können sie auch nicht beanspruchen, dafs ihnen im Nachlafskonkurse bewilligt werde, was den anderen Gläubigern bewilligt wird. Deswegen haben diese Gläubiger in der Regel auch gar kein Interesse daran, ob ein Zwangsvergleich zustande kommt oder nicht. Sie könnten durch den Zwangsvergleich nur dann benachteiligt werden, wenn die Konkursmasse so gut bestellt wäre, dafs nach vollständiger Befriedigung aller anderen Gläubiger noch etwas für die zurückgesetzten Gläubiger übrig bliebe, und wenn die anderen Konkursgläubiger thöricht genug wären, in einem solchen Fall einen Zwangsvergleich zu bewilligen. Mit Rücksicht auf die Unwahrscheinlichkeit einer solchen Konstellation sind die genannten Gläubiger von der Beteiligung an dem Zwangsvergleich ausgeschlossen [6].

4. Zur Annahme des Vergleichsvorschlags ist ein mit qualifizierter Stimmenmehrheit gefafster Beschlufs der Gläubigerversammlung erforderlich (§ 182 Abs. 1). Dazu gehört:

a) dafs die Mehrheit der im Termin anwesenden [7] stimmberechtigten Gläubiger dem Vergleich ausdrücklich zustimmt [8];

---

[6] Vgl. die Begr. der Nov. S. 54. — Die in § 226 Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Forderungen (d. i. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen) nehmen am Zwangsvergleich und folglich auch an der Abstimmung teil, obwohl sie zu den zurückgesetzten Forderungen gehören. Warum, ist in der Begründung der Novelle nicht gesagt. Wahrscheinlich, weil sie unter den zurückgesetzten Forderungen den besten Rang haben.

[7] Anwesende, die sich der Abstimmung enthalten oder deren Stimmabgabe nichtig ist (vgl. die folgende Note), werden nicht mitgerechnet. Vgl. R.G.Entsch. XX S. 140 ff.

[8] Ein Vertreter mehrerer Gläubiger kann für die einzelnen verschieden stimmen. Ein Gläubiger, der mehrere Forderungen hat, hat blofs eine Stimme. Haben mehrere Gesamtgläubiger dieselbe Forderung angemeldet, so können sie nur einheitlich abstimmen. Ebenso die mehreren Gläubiger einer unteilbaren Forderung (arg. § 432 B.G.B.). Ebenso die Miterben vor Auseinandersetzung (arg. § 2039 B.G.B.). Desgleichen der Gläubiger und derjenige, welcher ein Pfandrecht an der Forderung hat (arg. B.G.B. § 1276 Abs. 2; vgl. Kohler, Ztschr. f. d. C.Pr. X S. 199 ff.; bayer. Oberst.L.G. in Samml. von Entsch. IX S. 43 ff. Teilweise abweichend: Oetker, die Stellung des Forderungspfandgläubigers etc., Festschr. der Rost. Jur. Fak. zum Doktorjub. von v. Buchka (1891), Sond.Abdr. S. 13 ff.) In allen diesen

b) dafs die Gesamtsumme der Forderungen der Zustimmenden wenigstens drei Vierteile der Gesamtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt[9]. Dabei sind auch die Forderungen der nicht erschienenen Gläubiger mitzuzählen, die zum Konkurse angemeldet sind.

Bei der Berechnung der beiden Mehrheiten bleibt der Ehegatte des Gemeinschuldners aufser Betracht, wenn er dem Vergleiche zugestimmt hat. Das Gleiche gilt von demjenigen, welchem der Ehegatte des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens oder in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung gegen den Gemeinschuldner abgetreten hat, soweit das Stimmrecht auf der abgetretenen Forderung beruht. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Ehegatte zu der Abtretung durch das Gesetz oder durch einen Vertrag verpflichtet war, der früher als ein Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossen wurde (§ 185)[10].

Werden bei der Abstimmung die beiden Mehrheiten erreicht,

Fällen sind die auseinandergehenden Stimmen nichtig. — Wer einen Teil einer teilbaren Forderung erwirbt, hat ein selbständiges Stimmrecht neben dem Gläubiger der Restforderung. Dies gilt auch, wenn die Übertragung erst während des Konkurses erfolgt ist. Gegen unlautere Schiebungen schützen die Vorschriften der §§ 183 Abs. 2, 188 Nr. 1. — Ob die Abstimmung eines Vormundes für den Vergleich der Genehmigung des Gegenvormundes und des Vormundschaftsgerichts bedarf (vgl. §§ 1812, 1822 Nr. 12 B.G.B.), hängt davon ab, ob man die Stimmabgabe als eine Prozefshandlung im Sinne des § 54 C.Pr.O. betrachtet. Betrachtet man sie als solche (was richtig sein dürfte, da sie eine vor dem Gericht abgegebene, einen Prozefs betreffende Erklärung ist), so ist die Abstimmung auch ohne die Genehmigung des Gegenvormundes und der Vormundschaft gültig (arg. § 54 C.Pr.O.).

[9] In Bezug auf die zum Abschlusse des Zwangsvergleichs erforderliche qualifizierte Majorität stimmt das deutsche Konkursrecht überein mit dem französischen Recht (Code de comm. art. 519, Faillitegesetz v. 1838 art. 507), dem englischen Recht (Bankruptcy-Act v. 1883 s. 18 d. 2, v. 1890 s. 3 d. 3) und der preufs. K.O. v. 1855 § 186 überein. Das spanische Recht fordert aufser der Personenmajorität drei Fünftel der Summen (cod. de com. art. 1153), die österr. K.O. § 217 verlangt zwei Drittel der Personen und drei Viertel der Summen, die dänische K.O. v. 1872 § 108 drei Viertel der Summen und zwei Drittel, wenn aber der Accord weniger als 50 Prozent bietet, drei Viertel der Personen, das holländische Recht (Wetboek van Koophandel 1838 art. 841) zwei Drittel der Personen und drei Viertel der Summen.

[10] Der § 185 wurde von der Kommission des Reichstags eingefügt; vgl. Komm.Ber. v. 1898 S. 38. Ähnliche Bestimmungen enthalten das spanische Recht, Cod. de com. art. 1154 und das dänische Konkursgesetz § 106. Die Mot. z. Entw. e. K.O. S. 414 haben sich gegen eine solche Bestimmung ausgesprochen.

so ist der Vergleichsantrag von der Gläubigerschaft angenommen und es erübrigt das Bestätigungsverfahren. Wird keine der Mehrheiten erreicht, so ist der Vergleichsantrag endgültig abgelehnt.

Ist eine der Mehrheiten erreicht, so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termins (vgl. § 127 Abs. 4 C.Pr.O.) die einmalige Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Termine verlangen (§ 182 Abs. 1 Satz 1)[11]. Das Gericht mufs dem Antrage stattgeben, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Gegen eine den Antrag ablehnende Entscheidung steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu (arg. § 73 Abs. 3). Die eine Wiederholung der Abstimmung bewilligende Entscheidung dürfte unanfechtbar sein, da sie den Rechten der Gläubiger nicht präjudiziert.

Das Gericht hat den neuen Termin zu bestimmen und im Termine zu verkünden (§ 182 Abs. 2 Satz 2). Einer öffentlichen Bekanntmachung des Termins bedarf es nicht (arg. § 93 Abs. 2 Satz 2).

Zu dem zur Wiederholung der Abstimmung anberaumten Termine mufs der Gemeinschuldner oder sein Vertreter wieder erscheinen. Die Verhandlung ist in allen Teilen zu wiederholen. Gläubiger, die in dem vorigen Termine nicht erschienen waren, können in dem neuen Termine mitstimmen. Die früheren Erklärungen haben keine Wirkung, die vorige Abstimmung ist nicht bindend[12]. Die Stimmberechtigungen und also auch die Mehrheiten sind nach dem neuen Termine zu beurteilen.

§ 56.

4. Die Bestätigung des Zwangsvergleichs.

1. Mit Annahme des Vergleichsvorschlags durch die Gläubigerversammlung ist der Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und dem etwa beteiligten Dritten einerseits und der Gläubigerschaft andererseits geschlossen, so dafs keiner der Beteiligten mehr zurücktreten kann. Zu seiner Wirksamkeit bedarf dieser Vertrag aber noch der Bestätigung des Konkursgerichts (§ 184 Abs. 1). Diese Bestätigung mufs zu dem Vertrage hinzukommen, damit der Vertrag als Zwangsvergleich gilt. Sie kann nicht im voraus erteilt werden,

---

[11] Vgl. Code de comm. art. 522, Failliteges. v. 1838 art. 509, preufs. K.O. v. 1855 §§ 187, 188; österr. K.O. §§ 218, 219. Nach diesen Gesetzen ist für den Fall, dafs nur eine der Majoritäten erreicht ist, ein neuer Termin obligatorisch.

[12] Vgl. die Mot. S. 416.

weil die K.O. ein Verfahren vorschreibt, das nur nach dem Vertragsschlusse möglich ist.

Die Anreihung eines besonderen Bestätigungsverfahrens an den Vertragsschluſs ermöglicht, die Geltendmachung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen in dieses Verfahren zu verweisen und zugleich auf dieses Verfahren zu beschränken. Nichtigkeitsgründe, wie Geschäftsunfähigkeit oder Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit, und Anfechtungsgründe, wie Irrtum, Bedrohung oder arglistige Täuschung, können nur in diesem Verfahren geltend gemacht werden, und etwaige Mängel werden durch die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses gedeckt.

2. Ob der Vergleich zu bestätigen oder dessen Bestätigung zu versagen sei, hat das Konkursgericht durch Beschluſs zu entscheiden. Vor der Entscheidung sind die einzelnen nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche in dem Vergleichstermine Stimmrecht hatten oder ihre Forderungen glaubhaft machen[1], ferner der Gläubigerausschuſs und der Verwalter in einem Termine zu hören (§ 184 Abs. 2), d. h. es ist den Gläubigern Gelegenheit zu geben, in einem Termine Anträge zu stellen und sich über die Anträge anderer zu äuſsern. Der Verwalter und der Gläubigerausschuſs haben nicht das Recht, Anträge zu stellen, sondern nur die Befugnis, sich gutachtlich über die Bestätigung des Vergleichs zu äuſsern. Auch dem (in § 184 Abs. 2 nicht genannten) Gemeinschuldner dürfte nach allgemeinen Regeln das Gehör über etwaige Anträge auf Verwerfung des Vergleichs nicht zu versagen sein.

Im Nachlaſskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind auch die zurückgesetzten und daher nicht stimmberechtigten Gläubiger der in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen zu hören (§ 230 Abs. 2 Satz 1, § 236 Satz 1).

Der Termin zu diesen Erklärungen kann sich dem Vergleichstermin anschlieſsen; das Gericht kann aber auch einen anderen Termin bestimmen; dann ist dieser im Vergleichstermine zu verkünden (§ 184 Abs. 2); es bedarf weder einer Ladung (arg. § 218 C.Pr.O.), noch einer Bekanntmachung.

Die Erklärungen können nur in dem Termin abgegeben werden; Erklärungen, die vor dem Termin eingereicht werden, sind nicht zu berücksichtigen.

---

[1] Arg. §§ 188, 189.

Die Entscheidung steht nicht allgemein im freien Ermessen des Gerichts; das Gericht *mufs* vielmehr die Bestätigung versagen („den Vergleich verwerfen"), wenn einer der im Gesetze (§ 186, § 187 Satz 1, § 188, § 230 Abs. 1 Satz 2, 236 Satz 1) vorgesehenen Verwerfungsgründe vorhanden ist, und *darf* den Vergleich nicht verwerfen, ohne dafs ein gesetzlicher Grund vorhanden ist. Blofs bei dem in § 187 Satz 2 bezeichneten Verwerfungsgrunde steht die Bestätigung in dem Ermessen des Gerichts.

a) *Von Amtswegen* ist der Vergleich zu verwerfen:

α) wenn die für das Verfahren und den Abschlufs des Vergleichs gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind, und das Fehlende nicht ergänzt werden kann (§ 186 Nr. 1).

Die Vorschriften, wegen deren Nichtbeachtung der Vergleich zu verwerfen ist, sind in den §§ 173 bis 183, 211 Abs. 1, 230 enthalten. Das Gericht hat also von Amtswegen zu prüfen, ob diese Vorschriften beobachtet sind.

Insbesondere hat das Gericht zu prüfen, ob die erforderlichen Majoritäten bei der Abstimmung erreicht worden sind. Dabei unterliegen auch die Stimmrechte der Konkursgläubiger nochmaliger Prüfung. Stellt sich heraus, dafs ein Stimmrecht zu Unrecht angenommen oder ein stimmberechtigter Gläubiger zu Unrecht nicht berücksichtigt ist, so ist die Bestätigung zu versagen, sofern sich daraus ergiebt, dafs die gesetzliche Majorität der Zustimmenden nicht erreicht ist. Dabei ist die Stimmberechtigung vom Zeitpunkte des Beschlusses der Gläubigerversammlung zu beurteilen, so dafs also spätere Änderungen aufser Betracht bleiben.

Bei der Offizialprüfung der Ordnungsmäfsigkeit des Vergleichsabschlusses kann auch die Frage angeregt werden, ob der Vergleichsantrag des Gemeinschuldners oder eine für den Vergleich lautende Abstimmung eines Gläubigers wegen wesentlichen Irrtums (§ 119 B.G.B.), arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (§ 123 B.G.B.) anfechtbar und angefochten ist.

Zu prüfen ist ferner, ob der Vergleich allen nicht bevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewährt und ob, wenn dies nicht der Fall ist, alle Zurückgesetzten eingewilligt haben (§ 181 Satz 2), wogegen eine aufserhalb des Vergleichs gewährte Begünstigung nur auf Antrag zu berücksichtigen ist (arg. § 188 Nr. 1). Die fehlende Einwilligung eines zurückgesetzten Gläubigers kann nachgeholt werden.

Zu prüfen ist auch, ob die im Vergleichstermin als Vertreter oder Organe des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers auf-

getretenen Personen zur Vertretung befugt waren. Ein derartiger Mangel kann durch nachträgliche Genehmigung ergänzt werden;

β) wenn ein Fall der Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs nachträglich, d. i. nach dem Vergleichsabschlusse, eingetreten ist (§ 186 Nr. 2). Die Fälle der Unzulässigkeit sind in § 175 enthalten. Unzulässigkeit, die schon vor dem Vergleichsabschlusse vorhanden war, aber dem Gericht erst später bekannt wurde, fällt unter litt. α;

γ) wenn der Vergleich den Gläubigern nicht mindestens den fünften Teil ihrer Forderungen gewährt und dieses Ergebnis auf ein unredliches Verhalten des Gemeinschuldners, insbesondere darauf zurückzuführen ist, dafs der Gemeinschuldner durch ein solches Verhalten die Eröffnung des Konkursverfahrens verzögert hat (§ 187 Satz 1)[2]. Ob ein Verhalten als unredlich in Betracht kommt, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden;

δ) wenn der Vergleich den Gläubigern nicht mindestens den fünften Teil ihrer Forderungen gewährt und dieses Ergebnis auf leichtsinniges Verhalten des Gemeinschuldners zurückzuführen ist (§ 187 Satz 2). In diesem Falle steht die Verwerfung im richterlichen Ermessen.

Ad litt. γ und δ:

Sind bei dem Konkurse mehrere Personen als Gemeinschuldner beteiligt (z. B. bei dem Konkurse einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter), so ist unredliches oder leichtsinniges Verhalten einer Person ein Verwerfungsgrund.

Im Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person kommt unredliches oder leichtsinniges Verhalten eines der geschäftsführenden Organe als Verwerfungsgrund in Betracht.

Ist der Konkurs durch den Tod des Gemeinschuldners ein Nachlafskonkurs geworden, so ist das Verhalten des Erblassers kein Grund, einen Zwangsvergleich mit dem Erben zu verwerfen.

b) Auf Antrag ist der Vergleich zu verwerfen:

α) wenn der Vertrag durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zustande gekommen ist (§ 188 Abs. 1 Nr. 1).

Bei der Begünstigung kann es sich nur um eine aufserhalb des Vergleichs liegende Begünstigung handeln, da eine Begünstigung im Vergleich ohne Einwilligung der Zurückgesetzten zur Verwerfung von Amtswegen führt.

---

[2] Der § 187 wurde von der Kommission des Reichstags in die Novelle eingeschaltet. Vgl. Komm.Ber. 1898 von S. 39 bis 44.

Der Begriff der unlauteren Handlungsweise ist weiter als der strafrechtliche Begriff des Betrugs und auch als der civilrechtliche Begriff der arglistigen Täuschung. Er umfafst jede Art von Manipulation, die nach der allgemeinen Anschauung verwerflich ist, auch wenn keine Täuschung stattgefunden hat. Die unlautere Handlungsweise kann z. B. in der Abfindung eines Gläubigers, wenn auch ohne Begünstigung, oder darin gelegen sein, dafs jemand die Forderung eines Konkursgläubigers erwarb, um das Stimmrecht zu Gunsten des Vergleichs auszuüben, oder darin, dafs eine Forderung geteilt wurde, um die Personenmajorität zu erreichen.

Die Begünstigung oder die unlautere Handlungsweise mufs kausal für das Zustandekommen der Majorität sein; sie ist belanglos, wenn auch ohne die Begünstigung oder die unlautere Handlungsweise die Majorität vorhanden gewesen wäre[3].

β) Wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht (§ 188 Abs. 1 Nr. 2). Dies ist der Fall, wenn die Gläubiger bei der Durchführung des Konkurses voraussichtlich mehr erhalten würden, als bei dem Zwangsvergleich, wobei auch zu berücksichtigen ist, dafs die Gläubiger ihre Restforderungen nach Durchführung des Konkurses beitreiben können, nicht aber nach dem Zwangsvergleiche; ferner wenn die Erfüllung des Vergleichs von Seite des Gemeinschuldners oder eines Dritten unsicher ist. Auch andere Umstände, z. B. dafs der Vergleich überwiegend durch die Stimmen von Verwandten des Gemeinschuldners oder von Gläubigern, denen noch andere Personen haften, zustande kam, können in Betracht kommen.

Ad litt. *α* und *β*:

Der Antrag auf Verwerfung des Zwangsvergleichs kann von jedem nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger gestellt werden, der entweder zur Zeit der Abstimmung stimmberechtigt war oder jetzt seine Forderung glaubhaft macht (§ 188). Dafs die Forderung geprüft oder auch nur angemeldet ist, ist nicht erforderlich. Einerlei, ob der Gläubiger sich bei der Abstimmung beteiligt, ob er für oder gegen den Vergleich gestimmt hat[4].

---

[3] Vgl. v. Wilmowski § 173 N. 2, Petersen u. Kleinfeller §§ 170 bis 174 N. II 3a, Kohler, Lehrb. S. 489.

[4] Vgl. die Mot. S. 418. Wer für den Vergleich gestimmt hat, ist nicht blofs dann zum Antrage befugt, wenn er einen Irrtum nachweist, sondern auch wenn er seine Ansicht über die Opportunität des Vergleichs einfach geändert hat.

Der Antrag kann bis zur Verkündung der Entscheidung gestellt werden.

Zu seiner formellen Zulässigkeit gehört, dafs die Thatsachen, deretwegen die Verwerfung beantragt wird, glaubhaft gemacht werden (§ 299 C.Pr.O.), sonst ist er nicht zu beachten (§ 188 Abs. 2). Sind diese Thatsachen glaubhaft gemacht, so kann das Gericht von Amtswegen Ermittelungen anstellen (§ 75).

γ) Im Nachlafskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist der Zwangsvergleich auf Antrag eines derjenigen Gläubiger, welchen die in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen zustehen, zu verwerfen, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dafs der Zwangsvergleich sein berechtigtes Interesse verletzt (§ 230 Abs. 2 Satz 2, 236 Satz 1).

Diese Bestimmung hängt damit zusammen, dafs die bezeichneten (zurückgesetzten) Gläubiger an dem Zwangsvergleiche nicht teilnehmen (§ 230 Abs. 2 Satz 1)[5]. Dafs der Zwangsvergleich das berechtigte Interesse eines solchen Gläubigers verletzt, ist blofs unter ganz besonderen Umständen möglich. Es mufs die Konkursmasse so gut bestellt sein, dafs sie nicht blofs zur vollständigen Befriedigung aller nicht zurückgesetzten Konkursgläubiger ausreicht, sondern nach deren Befriedigung noch einen Überschufs ergiebt, der den zurückgesetzten Gläubigern zufallen würde, was höchst unwahrscheinlich, aber nicht undenkbar ist. Es müssen jene Gläubiger gleichwohl einen Zwangsvergleich schliefsen. Da zufolge des Vergleichs die Konkursmasse dem Gemeinschuldner überlassen würde, so könnte zwar der zurückgesetzte Gläubiger von dem Gemeinschuldner-Erben immer noch Befriedigung nach Mafsgabe der Bereicherung verlangen (§ 1989 mit § 1973 B.G.B.)[6]; aber es dürfte ihm schwer fallen, die Bereicherung (d. i. das Vorhandensein einer Nachlafsmasse, die den zur Deckung der Vergleichsrate erforderlichen Betrag übersteigt) nachzuweisen; auch könnte die Bereicherung zessieren. Unter solchen besonderen Umständen kann der zurückgesetzte Gläubiger ein berechtigtes Interesse an der Fortsetzung des Konkurses haben, und, wenn er das glaubhaft macht, hat das Konkursgericht den Vergleich zu verwerfen.

In Bezug auf die Form und Zeit der Antragstellung sowie auf die Glaubhaftmachung gilt das oben ad litt. α bis β Gesagte.

---

[5] Vgl. dazu oben S. 423 Ziff. 3 litt. b und unten S. 438 litt. c, 439.

[6] Vgl. unten S. 439.

Der Beschluſs, der den Zwangsvergleich bestätigt oder verwirft, ist zu verkünden (§ 185), nicht zuzustellen und nicht öffentlich bekannt zu machen.

Gegen den Beschluſs findet die sofortige Beschwerde statt; die Frist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses (§ 189 Abs. 1, 2). Die Beschwerde sowohl gegen den bestätigenden wie gegen den verwerfenden Beschluſs steht dem Gemeinschuldner[7] und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu, der zur Zeit der Abstimmung stimmberechtigt war oder jetzt seine Forderung glaubhaft macht[8].

Da die Beschwerde auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden kann (§ 570 C.Pr.O.), so können neue Verwerfungsgründe im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden, ohne daſs vorher ein Antrag gestellt worden war.

Im Nachlaſskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft steht das Rechtsmittel auch einem zurückgesetzten und daher nicht stimmberechtigten Gläubiger zu, der die Verwerfung des Vergleichs wegen Verletzung seiner berechtigten Interessen beantragt hatte (§§ 230 Abs. 2 Satz 2, 236 Satz 1)[9].

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist unanfechtbar (§ 189 Abs. 3)[10]; dadurch wird die Rechtskraft der Bestätigung beschleunigt.

§ 57.

5. Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach dem Zwangsvergleiche.

1. Mit der Bestätigung des Zwangsvergleichs ist das Konkursverfahren formell noch nicht zu Ende. Um es zu beendigen, dazu bedarf es eines weiteren Beschlusses, worin die Aufhebung des

---

[7] Daſs sich der Gemeinschuldner nur gegen den verwerfenden Beschluſs beschweren könne — so z. B. v. Wilmowski § 174 N. 1 — dürfte unrichtig sein; er kann seine Beschwerde nicht auf die Verletzung einer Vorschrift stützen, die nur zum Schutze der Interessen der Gläubiger dient; aber es ist denbar, daſs er einen bei dem Vergleichsvorschlag unterlaufenen Irrtum geltend macht.

[8] Vgl. oben S. 430 bei N. 4. Das dort Gesagte findet hier entsprechende Anwendung.

[9] Vgl. oben S. 431.

[10] Die in den Komm. von v. Wilmowski § 174 N. 3, Petersen u. Kleinfeller §§ 170 bis 174 N. III 2 vertretene Ansicht, daſs weitere Beschwerde stattfinde, wenn die erste Beschwerde als unzulässig verworfen wurde, hat im Gesetze keinen Anhalt.

Verfahrens ausgesprochen wird (§ 190 Abs. 1 Satz 1). Dieser Beschluſs kann erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses erlassen werden. Vor der Aufhebung hat der Verwalter einer Gläubigerversammlung Rechnung zu legen (§ 86). Sind im Vergleiche Sicherungsmaſsregeln vorgesehen, die nach der Bestätigung auszuführen sind, so ist die Aufhebung erst nach deren Ausführung zu beschlieſsen. Vor der Aufhebung hat der Verwalter aus der Konkursmasse die unbestrittenen Masseansprüche, sowie die festgestellten bevorrechtigten Konkursforderungen zu berichtigen, die bestrittenen Masseansprüche aber sowie die nicht festgestellten bevorrechtigten Konkursforderungen (diese soweit sie glaubhaft gemacht sind) sicherzustellen (§ 191). Bevor dies geschehen ist, soll das Verfahren nicht aufgehoben werden.

Die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses bedingt die Gültigkeit des Aufhebungsbeschlusses. Würde dieser Beschluſs erlassen, bevor jener rechtskräftig ist, so bliebe die Gültigkeit der Aufhebung in der Schwebe. Wird der Bestätigungsbeschluſs nach Aufhebung des Konkurses aufgehoben, was bei der Beschwerde aus Nichtigkeits- und Restitutionsgründen auch dann möglich ist, wenn der Bestätigungsbeschluſs rechtskräftig war, so fällt der Aufhebungsbeschluſs zusammen.

Dagegen ist der Aufhebungsbeschluſs gültig, auch wenn die Schlusrechnung noch nicht abgenommen oder die in § 191 gebotenen Zahlungen und Sicherstellungen noch nicht erfolgt sind. Der Verwalter ist persönlich für den Schaden verantwortlich, den jemand durch die Unterlassung der Zahlung oder Sicherstellung erleidet, und auch der Richter, der vorsätzlich oder fahrlässig die vorzeitige Aufhebung beschloſs, kann für Schaden haftbar gemacht werden (§ 839 B.G.B.).

Der Aufhebungsbeschluſs ist nicht anfechtbar (§ 190 Abs. 1 Satz 2). Er ist öffentlich bekannt zu machen, wobei Zwangsvergleich als Aufhebungsgrund anzugeben ist (§ 190 Abs. 2), und den in §§ 111 Abs. 2, 112, 113 bezeichneten Behörden mitzuteilen[1]. Eine Zustellung findet nicht statt.

Die Wirkungen der Aufhebung treten nicht mit der Erlassung des Beschlusses, sondern erst mit dessen Bekanntmachung ein[2].

2. Die Wirkungen des Zwangsvergleichs und der auf Grund dessen erfolgten Aufhebung sind:

[1] Vgl. oben S. 384.
[2] Vgl. oben S. 384 N. 8.

a) Das durch die Konkurseröffnung entstandene Pfandrecht der Konkursgläubiger an dem zur Konkursmasse gehörenden Vermögen des Gemeinschuldners erlischt. Folglich erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen, soweit nicht der Zwangsvergleich ein Anderes bestimmt (§ 192).

Im Zwangsvergleiche kann nicht bestimmt werden, dafs das Pfandrecht der Gläubiger an der Konkursmasse als solcher fortdauere; denn nach der Aufhebung des Konkurses giebt es keine „Konkursmasse" mehr; wohl aber, dafs an einzelnen Gegenständen der Masse, wie auch an anderen ein neues Pfandrecht oder eine Sicherungshypothek für die Gläubiger begründet werden soll. Der Vergleich kann auch ein Veräufserungsverbot bezüglich einzelner Gegenstände enthalten, dessen Wirkungen nach Civilrecht (§§ 137, 892 ff. B.G.B.) zu beurteilen sind. Der Vergleich kann bestimmen, dafs die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände oder einzelne derselben den Gläubigern oder einzelnen Gläubigern an Erfüllungsstatt übereignet werden[3]; die Erfüllung der durch solche Vereinbarungen übernommenen Verpflichtungen richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte.

Der Verwalter hat das zur Konkursmasse gehörende Vermögen dem Gemeinschuldner auszuliefern, soweit nicht im Vergleich ein Anderes bestimmt ist. Der Gemeinschuldner kann sein Recht auf Auslieferung in derselben Weise geltend machen, wie nach Aufhebung des Konkurses auf Grund von Verteilung[4].

b) Die nach § 240 C.Pr.O. eingetretene Unterbrechung eines anhängigen Prozesses wird beendigt, wenn sie nicht schon vorher durch Aufnahme des Prozesses beendigt war.

Ebenso verhält es sich mit dem nach § 13 Abs. 2 Anf.Ges. unterbrochenen Prozesse; da jedoch die Konkursgläubiger durch den Zwangsvergleich auf die ihnen in dem Vergleich gewährten Rechte beschränkt sind, so kann der einzelne Gläubiger das Anfechtungsrecht nicht mehr verfolgen, also den Prozefs nur bezüglich der Prozefskosten aufnehmen.

c) Die durch die Anmeldung im Konkurs eingetretene Unterbrechung der Verjährung (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 B.G.B.) hört auf (§ 214 Abs. 1 B.G.B.).

[3] Vgl. oben S. 413 f.

[4] Vgl. oben S. 485 Ziff. 2 litt. a Abs. 3. — Über das Erlöschen von Anfechtungsansprüchen und das Schicksal anhängiger Anfechtungsprozesse s. oben S. 228 f.

d) Die mit der Eröffnung des Konkurses eingetretene Beschränkung der Konkursgläubiger auf die Beitreibung ihrer Forderungen im Konkursverfahren (§§ 12, 14 Abs. 1) fällt weg. Die Konkursgläubiger können ihre Forderungen, soweit sie nicht durch den Zwangsvergleich die zwangsweise Beitreibbarkeit verloren haben, wieder auf dem Wege des aufserkonkursmäfsigen Verfahrens verfolgen und beitreiben.

e) Diejenigen Gläubiger, für und gegen welche der Zwangsvergleich wirksam ist, können ihre Forderungen nur nach Mafsgabe des Zwangsvergleichs verfolgen und beitreiben. Aus dem Vergleiche mufs sich auch ergeben, ob ihnen die Verfolgung gegen den Gemeinschuldner oder gegen einen Dritten oder gegen den Gemeinschuldner und einen Dritten (als Vergleichsgaranten) zusteht.

Der Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren[5] oder an der Beschlufsfassung über den Vergleich nicht teilgenommen[6] oder gegen den Vergleich gestimmt haben (§ 193 Satz 1).

Der Zwangsvergleich enthält keine Novation und kein Anerkenntnis. Er ist kein selbständiger Schuldgrund, sondern modifiziert nur die Geltendmachung bestehender Forderungen. Ist eine Konkursforderung bei der Anmeldung nach Mafsgabe der §§ 65 Abs. 2, 69, 70 modifiziert worden, so bleibt diese Modifikation auch für den Zwangsvergleich mafsgebend. Soweit jedoch eine solche Forderung nicht angemeldet worden ist, ist sie auch

---

[5] E. Fleck, Arch. f. Bürg. Recht XIV S. 62 ff. verteidigt die Ansicht, dafs im Nachlafskonkurse die Unterlassung der Anmeldung einer Forderung die Folge habe, dafs der betreffende Nachlafsgläubiger wie ein im Aufgebotsverfahren ausgeschlossener Gläubiger zu behandeln, folglich nach § 230 Abs. 2 Satz 1 von dem Zwangsvergleich ausgeschlossen sei. Er unterstellt, dafs die im Konkurs erlassene Aufforderung zur Anmeldung der Forderung die gleiche Wirkung habe, wie die im Aufgebotsverfahren ergehende, weil nach § 993 Abs. 2 C.Pr.O. das Aufgebotsverfahren durch die Eröffnung des Nachlafskonkurses beendigt wird. Diese Unterstellung dürfte schon deswegen unrichtig sein, weil die Aufforderung zur Anmeldung im Konkurse nicht, wie die Aufforderung im Aufgebotsverfahren (vgl. § 995 C.Pr.O.), dem sich nicht meldenden Nachlafsgläubiger einen Rechtsnachteil androht.

[6] Einerlei, ob sie nicht teilnehmen wollten, oder ob ihnen ein Stimmrecht nach § 95 Abs. 1 Satz 2 Abs. 2, oder nach § 96 nicht gewährt wurde.

nach dem Zwangsvergleich in ihrer ursprünglichen Gestalt geltend zu machen und zwar mit der sich aus dem Vergleich ergebenden Beschränkung. Ist die sich aus dem Vergleich ergebende Quotisierung nicht durchführbar, weil die Leistung nicht teilbar ist, so bleibt nichts anderes übrig, als die Leistung in Geld zu schätzen und auf den Schätzungswert die Vergleichsbestimmungen anzuwenden.

Da ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, für seine Forderung gegen den Gemeinschuldner (vorausgesetzt, dafs dieser ihm persönlich haftet) aus der Konkursmasse für denjenigen Betrag verhältnismäfsige Befriedigung verlangen kann, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit welchem er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist (§ 64), so ist der Zwangsvergleich für und gegen einen Absonderungsberechtigten, dem der Gemeinschuldner persönlich haftet, insoweit wirksam, als der Absonderungsberechtigte auf abgesonderte Befriedigung verzichtet hat oder als er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist[7]. Das Absonderungsrecht wird durch den Zwangsvergleich nicht berührt (vgl. § 193 Satz 2). Nur von dem nach der Verwertung des Absonderungsgegenstandes feststehenden, nicht von dem mutmafslichen, Ausfalle kann der Gläubiger mit Absonderungsrecht die Vergleichsrate fordern, wenn er nicht auf die abgesonderte Befriedigung verzichtet[8]. Diesen Verzicht kann der Absonderungsberechtigte nicht blofs während, sondern auch noch nach Beendigung des Konkursverfahrens erklären. In der vorbehaltslosen Annahme der Vergleichsrate für den ganzen Betrag der Forderung kann ein stillschweigender Verzicht auf die abgesonderte Befriedigung gelegen sein[9].

Ein Gläubiger, welcher seine Forderung gegen den Konkursgläubiger während des Konkurses gegen eine Forderung des Gemeinschuldners aufgerechnet hat, wird von dem Zwangsvergleiche insoweit nicht berührt, als seine Forderung durch die Aufrechnung erloschen ist[10]. Aber auch, wenn während des Konkurses die Aufrechnung nicht erfolgt ist, kann nach Aufhebung des Konkurs-

---

[7] Vgl. R.G.Entsch. XXIII S. 43.

[8] Vgl. R.G.Entsch. V S. 394 ff., VI S. 66 ff., XVI S. 68 ff., XXIII S. 43 ff., bayer. Oberst.L.G. in d. Samml. v. Entsch. IX S. 461 und in S.A. XXXIX Nr. 349, O.L.G. Dresden in Sächs.Arch. III S. 576. Vgl. a. Entsch. des preufs. O.Trib. XLIII S. 423 ff.

[9] Vgl. R.G.Entsch. XVI S. 71.

[10] Vgl. oben S. 229 ff.

verfahrens durch Zwangsvergleich der zur Aufrechnung im Konkurse berechtigte Konkursgläubiger seine ganze Forderung (nicht blofs die Vergleichsrate!) gegen eine Forderung des Gemeinschuldners aufrechnen, die zur Konkursmasse gehört hat. Dies ergiebt sich aus § 53, wonach ein Gläubiger, soweit er zur Aufrechnung befugt ist, seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen braucht. Er braucht die Forderung nicht im Konkursverfahren geltend zu machen, weil er befugt ist, sich durch die Aufrechnung abgesonderte Befriedigung aus der Forderung des Gemeinschuldners zu verschaffen. Diese Befugnis kann ihm aber durch den Zwangsvergleich ebensowenig entzogen werden, wie das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus einem anderen Gegenstande[11]. Fraglich kann nur sein, ob die Vergünstigungen, die die Aufrechnung einer Forderung im Konkurs erfährt[12], auch noch für die Aufrechnung nach dem Zwangsvergleiche gelten (ob z. B. eine Forderung auf eine andere Leistung zum Zwecke der Aufrechnung gegen eine Geldforderung in Geld umgesetzt werden, oder ob eine noch nicht fällige Forderung aufgerechnet werden kann). Dafür, dafs die durch den Konkurs entstandene Befugnis zur Aufrechnung während des Konkursverfahrens dem Schuldner des Gemeinschuldners auch nach dem Zwangsvergleich erhalten bleibt, spricht die Erwägung, dafs sonst die Forderung gegen den Gemeinschuldner von der Vergleichsreduktion erfafst würde, wodurch der Gläubiger eine ganz unbegründete Benachteiligung gegenüber den Gläubigern erlitte, die die Aufrechnung vor dem Zwangsvergleich erklärt haben[13].

Dagegen wird durch den Zwangsvergleich die Forderung eines Konkursgläubigers reduziert, die nicht im Konkurse gegen eine Forderung des Gemeinschuldners aufgerechnet werden konnte, also z. B. die Forderung, deren Aufrechnung durch § 55 ausgeschlossen war.

Gegen eine erst nach der rechtskräftigen Bestätigung des

---

[11] Vgl. v. Wilmowski N. 4 vor § 46, Petersen u. Kleinfeller N. 4 vor § 46, v. Sarwey u. Bossert § 46 N. 2, Ziff. 8, v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Compensation im Konkurse, S. 130, Oetker, Grundbegr. I S. 239, S. 254 f., preufs. O.Tr. in Striethorst Arch. f. Rechtsfälle XXXVI Nr. 57, 58, XLII N. 43, LXXXIII Nr. 60, R.G. 20. Juni 1892 J.W. (1892) S. 363.

[12] Vgl. § 54 Abs. 1 K.O. und oben S. 230, 231.

[13] A. M., wie es scheint, die Mot. S. 228, unter Berufung auf das preufs. O.Trib. in Striethorsts Arch. f. Rechtsf. XLI S. 153, XLIII S. 147.

Zwangsvergleichs entstandene Forderung des Gemeinschuldners kann der Konkursgläubiger seine Forderung nicht zu ihrem vollen, sondern nur zu ihrem durch den Zwangsvergleich reduzierten Betrag aufrechnen; denn in dem Zeitpunkte, wo die beiden Forderungen sich gegenüber getreten sind, war die Konkursforderung bereits durch den Zwangsvergleich reduziert. Anders, wenn die Forderung des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung, aber vor der Bestätigung des Zwangsvergleichs entstanden ist. In einem solchen Falle wird die Aufrechnung der Konkursforderung zu ihrem vollen Betrage nicht zu beanstanden sein, weil der Konkursgläubiger auch während des Konkurses zur Aufrechnung seiner ganzen Konkursforderung gegen eine konkursfreie Forderung des Gemeinschuldners befugt war[14]. Diese Befugnis dürfte ihm durch den Zwangsvergleich ebensowenig entzogen werden, als die Befugnis zur Aufrechnung seiner ganzen Forderung gegen eine Forderung des Gemeinschuldners, die einen Bestandteil der Masse bildete.

Der Zwangsvergleich ist nicht wirksam:

a) für und gegen die Konkursgläubiger, welche ein Vorzugsrecht im Sinne des § 61 Nr. 1 bis 5 haben (arg. § 193 Satz 1). Auch wenn sie die Forderung im Konkurse nicht angemeldet haben, werden sie von dem Zwangsvergleiche nicht berührt. Hat ein solcher Gläubiger seine Forderung im Konkurs angemeldet, ohne ein Vorzugsrecht zu beanspruchen, so fragt es sich, ob darin ein Verzicht auf das Vorzugsrecht zu finden ist. War sich der Anmeldende seines Vorzugsrechts nicht bewufst, so kann von einem Verzichte nicht die Rede sein; der Gläubiger kann also volle Befriedigung verlangen;

b) für und gegen diejenigen Gläubiger, welche durch die Vorschriften der §§ 3, 63 oder 5 Abs. 2 vom Konkurs ausgeschlossen sind; denn diese Gläubiger sind keine Konkursgläubiger[15];

---

[14] Vgl. oben S. 234 N. 7.

[15] Vgl. v. Wilmowski § 178 N. 1 Abs. 4, Petersen u. Kleinfeller §§ 178 bis 180 N. I 2, v. Sarwey u. Bossert § 178 N. 1 Ziff. 2, Endemann S. 604, Fitting § 49 N. 1; vgl. a. preufs. O.Trib. in Striethorsts Arch. f. Rechtsfälle XL S. 308. — A. M.: v. Völderndorff § 178 N. d, bezüglich der in § 63 aufgeführten Forderungen, weil es unbillig wäre, diese Forderungen besser zu stellen als die anderen. Aber es ist nicht unbillig, diejenigen Gläubiger, welche im Konkurse nicht teilnehmen dürfen, von den Konsequenzen des Konkursverfahrens auszuschliefsen.

c) im Nachlafskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft für und gegen diejenigen Gläubiger, welchen die in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen zustehen (§§ 230 Abs. 2 Satz 1, 236 Satz 1). Diese Gläubiger haben kein Recht auf die Vergleichsrate, weil sie Befriedigung aus dem Nachlafs erst verlangen können, wenn alle anderen Gläubiger vollständig befriedigt sind[16]. Folgeweise werden aber auch ihre Forderungen nicht durch den Zwangsvergleich reduziert, vielmehr können sie nach der Aufhebung des Konkursverfahrens ihre ganzen Forderungen nach Mafsgabe des § 1973 B.G.B. gegen den Erben geltend machen (arg. § 1989 B.G.B.)[17]. Übrigens hat dieses Recht nur in den seltensten Fällen eine praktische Bedeutung. Da nämlich der Erbe den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen (und den nach § 1974 B.G.B. den ausgeschlossenen gleichstehenden) Gläubigern nur insoweit haftet, als der Nachlafs nicht durch die Befriedigung

[16] Vgl. oben S. 423 Ziff. 3 litt. b, S. 424, 431 litt. γ.

[17] Vgl. L. Seuffert, Ztschr. f. d. C.Pr. XXII S. 518. A. M.: E. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlafskonkurs, S. 89 N. 10 und S. 90, welcher der Ansicht ist, dafs der Zwangsvergleich auch Forderungen der bezeichneten Gläubiger trifft. Aber abgesehen von der Unbilligkeit, die darin läge, wenn diese Gläubiger beim Zwangsvergleiche nichts erhalten, aber gleichwohl von der im Vergleiche bewilligten Reduktion betroffen würden, so ergiebt sich aus den Materialien der Novelle die Richtigkeit der im Texte vorgetragenen Ansicht. In der die projektierten Änderungen der K.O. enthaltenden Anlage II der Denkschrift z. Entw. e. B.G.B. (Vorlage an den Reichstag) S. 350 lautete der § 206 (jetzt § 230) Abs. 2 Satz 1: „Die Gläubiger, welchen die im § 205 k Nr. 2 bis 5 bezeichneten Forderungen zustehen, nehmen an der Schliefsung des Zwangsvergleichs nicht Teil“ etc. Diese Fassung konnte den Zweifel erregen, ob nicht die bezeichneten Gläubiger blofs von der Abstimmung ausgeschlossen sein sollten. Nach der als Manuskript gedruckten „Zusammenstellung der Äufserungen der Bundesregierungen zu den Grundzügen eines Gesetzes betr. Änderungen der Konkursordnung“ hat Sachsen-Weimar zu § 206 den Wunsch ausgesprochen, „dafs klargestellt werden möge, was unter dem Ausdruck „„Schliefsung des Zwangsvergleichs““ zu verstehen sei. Wenngleich anzunehmen sein werde, dafs die Forderungen der in Frage stehenden Gläubiger durch einen Zwangsvergleich nicht berührt werden sollten, so gebe doch die Fassung des § 178 (jetzt 193) zu Zweifeln Anlafs.“ Diese Bedenken berücksichtigt offenbar die Änderung in der Fassung des § 206 (jetzt § 230). Schon in dem auf Grund der Äufserungen der Bundesregierungen im Reichsjustizamt aufgestellten und mit Schreiben des Reichskanzlers vom 8. Dez. 1897 dem Bundesrate zur Beschlufsfassung vorgelegten Entwurf eines Gesetzes, betr. Änderungen der K.O., (Bundesratsdrucksachen Nr. 141/1897) findet sich die Fassung „nehmen an dem Zwangsvergleiche nicht Teil“.

der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist, während andererseits die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (auch wenn deren Gläubiger nicht einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht) erst nach den anderen ausgeschlossenen Gläubigern zu befriedigen sind (§ 1973 Abs. 1 B.G.B.), so kann keiner der in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 Abs. 4 bezeichneten Gläubiger von dem Erben (oder von dem überlebenden Ehegatten) etwas begehren, wenn nicht der Erbe (oder der überlebende Ehegatte) zufolge des Zwangsvergleichs mehr aus dem Nachlasse erhalten hat, als zur Deckung der Masseschulden, zur Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger und zur Berichtigung der Vergleichsdividende an die anderen Konkursgläubiger erforderlich war — ein Fall, der kaum jemals vorkommen und zu erweisen sein wird. Nur in dem Falle kann das Nichteintreten der Reduktion vielleicht einmal bedeutsam werden, wenn einer der in § 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4 bezeichneten Gläubiger vor dem Konkurse bereits die unbeschränkte Haftung des Erben (oder des überlebenden Ehegatten) erlangt hatte; dann verbleibt ihm trotz dem Nachlafskonkurse sein Recht auf die unbeschränkte Haftung (arg. § 2013 B.G.B.), und zwar kann er trotz dem Zwangsvergleiche seine ganze Forderung geltend machen.

d) Die Rechte der Gläubiger (für und gegen welche der Zwangsvergleich wirksam ist) gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt (§ 193 Satz 2).

Dafs der Mitschuldner und der Bürge trotz dem Zwangsvergleiche für die ganze Forderung haftbar bleibt, mufste im Gesetze gesagt werden, weil sonst ein Mitschuldner oder ein Bürge nach dem bürgerlichen Rechte die Einwendung des Erlasses geltend machen könnte (vgl. §§ 423, 767, 768 B.G.B.). Dafs diese Einwendung hier ausgeschlossen ist, beruht auf Zweckmäfsigkeitserwägungen[18]. War der Zwangsvergleich auch für Mitschuldner und Bürgen wirksam, so würden die Gläubiger, denen aufser dem Gemeinschuldner noch jemand haftet, genötigt sein, zur Erhaltung ihrer Rechte jeden Vergleich zu hintertreiben[19].

[18] Vgl. die Mot. S. 423.

[19] Vgl. a. Code de comm. § 545 in der Fassung des Faillitegesetzes v. 1838.

Daſs eine Sachenhaftung durch den Zwangsvergleich nicht reduziert wird, ergiebt sich aus dem Wesen dieser Haftung; daher dürfte der die Pfandrechte, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden betreffende Teil des § 193 Satz 2 ein superfluum sein.

Gleichgültig ist, ob der Gläubiger für oder gegen den Vergleich gestimmt oder gar nicht abgestimmt hat.

e) Im Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien begrenzt der Zwangsvergleich zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter mit ihrem eigenen Vermögen, soweit nicht in dem Vergleich ein Anderes festgesetzt ist (§ 211 Abs. 2).

Es entspricht dem mutmaſslichen Willen der Kontrahenten, daſs bei Schulden, für die die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen und zugleich persönlich haften, beide Haftungen gleichmäſsig reduziert werden. Begrifflich notwendig ist die gleichmäſsige Reduktion der beiden Haftungen nicht, wie sich schon daraus ergiebt, daſs ein Anderes festgesetzt werden kann.

Die im Gesellschaftskonkurs eingetretene Reduktion berührt die Haftung eines Pfandes nicht, das aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters bestellt wurde[20]; denn die Reduktion der persönlichen Haftung reduziert die Sachhaftung nicht.

Die durch den Zwangsvergleich im Gesellschaftskonkurse bewirkte Minderung der persönlichen Haftung der Gesellschafter kommt auch einem zur Zeit der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter zu statten, weil er nicht als Dritter, sondern trotz seinem Ausscheiden als Gesellschafter haftet[21]. Ist im Zwangsvergleich eine über die Vergleichsrate hinausgehende persönliche Haftung der Gesellschafter festgesetzt worden, so trifft dies auch die ausgeschiedenen Gesellschafter.

---

[20] Vgl. R.G.Entsch. XXIII S. 119 ff. A. M.: E. Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 163.

[21] Vgl. Kohler, Leitfaden S. 195 f., E. Jaeger a. a. O. S. 163 ff. A. M.: R.G.Entsch. XXIX S. 38 und die Kommentare. Diese Ansicht führt zu dem unbilligen Ergebnisse, daſs sich die Gesellschafter auf Kosten des Ausgeschiedenen entlasten können. In der Vorlage des Entw. z. Konk.Nov. an den Bundestag war der im Text aufgestellte Satz enthalten als § 200 Abs. 2 Satz 2. Warum der Zusatz nicht in die Reichstagsvorlage kam, ist aus den veröffentlichten Materialien nicht zu ersehen.

Die im Gesellschaftskonkurs ohne Vorbehalt reduzierte Forderung kann in einem gleichzeitigen oder späteren Konkurse über das Privatvermögen eines Gesellschafters nur als reduzierte geltend gemacht werden; sie erleidet daher eine zweite Reduktion, wenn in diesem Konkurse wieder ein Zwangsvergleich zustande kommt[22].

Dagegen reduziert ein Zwangsvergleich, der in dem Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters zustande gekommen ist, die Forderung gegen die Gesellschaft nicht; ein solcher Vergleich reduziert nur die persönliche Haftung des Gesellschafters und diese fällt mit der Haftung der Gesellschaft nicht zusammen[23]. Dafs die persönliche Haftung der übrigen Gesellschafter durch den Zwangsvergleich nicht beschränkt wird, ergiebt sich direkt aus § 193 Satz 2. Die Ausgleichungsansprüche der Gesellschafter unter einander werden von dem Zwangsvergleiche nicht beeinflufst.

f) Im Nachlafskonkurs ist ein Zwangsvergleich blofs in der Weise möglich, dafs sich der Erbe persönlich oder ein Dritter persönlich zur Zahlung der Vergleichsrate verpflichtet. Der Erbe haftet also für die Vergleichsquote nicht mit Beschränkung auf den Nachlafs, sondern unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen. Ein Miterbe haftet persönlich für die seinem Erbteil entsprechende Quote der Nachlafsverbindlichkeit (arg. § 2060 Nr. 3 B.G.B.).

Ein Zwangsvergleich, bei dem eine Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlafs bestimmt würde, wäre nicht blofs etwas höchst Unpraktisches, sondern etwas Widersinniges; denn durch die Beschränkung würde die Höhe der Vergleichsquote, die durch den Vergleich fixiert wird, geradezu wieder in Frage gestellt[24]. Daraus folgt, dafs § 1989 B.G.B. für die von dem Zwangsvergleiche berührten Gläubiger keine Bedeutung hat.

Haftet der Erbe allen Gläubigern des Nachlafskonkurses unbeschränkt (was bei Versäumung der Inventarsfrist vor Eröffnung

---

[22] Die Rechtslage ist dieselbe, wie wenn der Gemeinschuldner, nachdem der erste Konkurs durch Zwangsvergleich beendigt ist, zum zweitenmal in Konkurs gerät, bevor er den Gläubigern die Vergleichsrate gezahlt hat. Wird der zweite Konkurs wieder durch Zw.V. beendigt, so tritt auch hier doppelte Reduktion ein. Vgl. Jaeger a. a. O. S. 167 ff. A. M.: Kohler, Leitfaden S. 130, 194 ff.

[23] Vgl. Jaeger a. a. O. S. 167.

[24] Vgl. hierzu E. Fleck im Arch. f. bürg. Recht. XIV S. 65 ff.

des Nachlafskonkurses möglich ist), so begrenzt der Zwangsvergleich auch die persönliche Haftung des Erben[25].

Haftet der Erbe nur einzelnen Nachlafsgläubigern unbeschränkt, so dürfte anzunehmen sein, dafs der im Nachlafskonkurse gegeschlossene Zwangsvergleich seine unbeschränkte persönliche Haftung gegenüber den einzelnen Gläubigern nicht reduziert, wenn nicht ein Anderes festgesetzt ist[26].

g) Im Konkurs über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft findet das unter litt. f Gesagte entsprechende Anwendung auf die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten (arg. § 236 Satz 1).

h) Ist im Zwangsvergleiche bestimmt, dafs blofs eine Quote der Forderungen bezahlt wird, so ist damit der Restforderung die Klagbarkeit und die Vollstreckbarkeit entzogen. Aber die Restschuld besteht als natürliche Verbindlichkeit (naturalis obligatio) fort. Sie kann daher bezahlt werden, ohne dafs eine condictio indebiti zulässig ist. Die Zahlung ist keine Schenkung; die Verbindlichkeit kann die Unterlage eines Anerkenntnisses, einer Bürgschaft, Verpfändung oder Hypothekbestellung sein[27]. Zur Aufrechnung kann die Restforderung nicht gebracht werden[28].

i) Die Konkursgläubiger, deren Forderungen während des Konkurses, sei es im Prüfungstermine, sei es durch Zurücknahme des Widerspruchs oder durch Urteil oder Vergleich, festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten worden sind, können nach der Aufhebung des Konkursverfahrens auf Grund der Eintragung in die Tabelle und des Zwangsvergleichs gegen den Gemeinschuldner, sowie gegen diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung anstatt des Gemeinschuldners[29] oder neben dem Gemeinschuldner ohne Vor-

[25] Dafür sprechen dieselben Gründe, die zur Aufstellung des in § 211 Abs. 2 aufgestellten Satzes führten; vgl. oben S. 441 litt. e.

[26] Dafür spricht die Analogie des dem § 193 Satz 2 zu Grunde liegenden Gedankens.

[27] Dafs eine natürliche Verbindlichkeit fortdauert, ist in der Litteratur und in der Rechtsprechung anerkannt. Vgl. R.O.H.G.Entsch. VIII S. 279, R.G. in Rhein.Arch. LXXV S. 76, O.L.G. Köln eod. S. 69, O.L.G. Nürnb. S.A. XLV S. 12, Fitting § 49 Note 2, Kohler, Lehrb. S. 462 f. Die Einführung des B.G.B. hat daran nichts geändert.

[28] S. oben S. 437 Abs. 3, S. 438.

[29] Obgleich dieser Fall nicht im Texte des § 194 erwähnt ist, mufs er ebenso behandelt werden, wie der Fall der accessorischen Verpflichtung.

behalt der Vorausklage[80] Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung unter der entsprechenden Anwendung der §§ 724 bis 793 C.Pr.O. und des § 164 Abs. 3 K.O. betreiben (§ 194). Das im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgeholte Bestreiten steht dem Bestreiten im Prüfungstermine gleich (§ 165).

Nicht der Zwangsvergleich allein, sondern die Feststellung samt dem Zwangsvergleich ist der Vollstreckungstitel. Formell gestaltet sich dieser Titel als Auszug aus der Tabelle mit Ausfertigung des Zwangsvergleichs. Die beiden in der Regel zu verbindenden Schriftstücke sind mit der Vollstreckungsklausel zu versehen.

Die Feststellung samt dem Zwangsvergleiche hat aber nicht blofs die Bedeutung eines Vollstreckungstitels, sondern es kommt ihr auch im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, sowie dem Dritten, gegen den die Zwangsvollstreckung zulässig ist. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zu, so dafs also die Einrede der abgeurteilten Sache darauf gestützt werden kann[81].

Da die angeführten Wirkungen auf Grund der Feststellung und des Zwangsvergleichs eintreten, so gelten sie im Nachlafskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nicht für die zurückgesetzten Gläubiger (§ 226 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, Abs. 4); denn diese nehmen am Zwangsvergleiche nicht teil (§§ 230 Abs. 2 Satz 1, 236).

Forderungen, die nicht während des Konkurses festgestellt oder zwar festgestellt, aber von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermin oder nachträglich im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 165) bestritten worden sind, sind nach der Aufhebung des Konkurses nach den allgemeinen Regeln zu verfolgen. Hat der Gläubiger noch keinen Vollstreckungstitel, so hat er seine Forderung durch Klage oder im Mahnverfahren zu verfolgen, wenn er nicht befriedigt wird[82]. Der in einem solchen Verfahren gegen

---

[80] Ein solcher Vorbehalt kann nicht in Frage kommen, wenn sich der Dritte als Gesamtschuldner neben dem Gemeinschuldner verpflichtet hat. Hat er sich aber blofs verbürgt, so hat er die Einrede der Vorausklage (§ 771 B.G.B.) nur bei Vorbehalt der Einrede im Vergleiche, weil sie ohne diesen Vorbehalt durch die noch nicht aufgehobene Konkursmäfsigkeit des Hauptschuldners ausgeschlossen wäre (arg. B.G.B. § 771 Nr. 3).

[81] Vgl. oben S. 388 ff.

[82] Über das Schicksal anhängiger Feststellungsprozesse zwischen einem Liquidanten und einem Opponenten s. oben S. 273 Abs. 3 bis 5. Aus der dortigen Erörterung ergiebt sich, dafs solche Prozesse nach Beendigung

den Schuldner erlangte Vollstreckungstitel berechtigt nicht zur Vollstreckung gegen den aus dem Vergleiche verpflichteten Dritten, weil der Titel erst nachträglich erlangt wurde.

Wurde dem Vergleichsbürgen die Einrede der Vorausklage vorbehalten, so hat die Feststellung im Konkurse samt dem Zwangsvergleiche gegen ihn keine Urteilswirkung. Der Gläubiger mufs sich erst einen Vollstreckungstitel gegen den Bürgen verschaffen, und zwar auch dann, wenn die Einrede der Vorausklage durch später eingetretene Umstände (§ 773 Nr. 2 bis 4 B.G.B.) ausgeschlossen ist.

3. Die Gläubigerschaft kann nicht deswegen, weil der Gemeinschuldner oder der Garant mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug ist, von dem Vergleiche zurücktreten (§ 195). Sollte die civilrechtliche Regel, die den Rücktritt wegen Verzugs gestattet (§ 326 B.G.B.), auf den Zwangsvergleich angewendet werden, so müfste für diesen Fall eine Wiederaufnahme des Konkurses vorgesehen sein; denn nur eine reorganisierte Gläubigerschaft könnte den Rücktritt erklären, und nur durch Wiederaufnahme des Konkurses könnte das, was die Gläubigerschaft auf Grund des Vergleichs geleistet hat, nämlich die Freigabe der Konkursmasse, rückgängig gemacht werden. Die Wiederaufnahme ist aber für diesen Fall im Gesetze nicht vorgesehen.

Dafs die einzelnen Gläubiger wegen Verzugs von dem Vergleiche zurücktreten könnten, würde sich auch bei Anwendung der civilrechtlichen Regel nicht ergeben, weil sie nicht Kontrahenten des Zwangsvergleichs sind. Aber es könnte in dem Konkursgesetze bestimmt sein, dafs der vergleichsmäfsige Nachlafs an den einzelnen Forderungen cessieren soll, wenn der Gemeinschuldner oder der Garant mit seiner Forderung in Verzug gerät[38]. In der deutschen K.O. ist das Gegenteil bestimmt (§ 195). Immerhin kann jenes in dem Vergleiche festgesetzt werden. Ist dies geschehen, so cessiert der Erlafs unbeschadet der von den Gläubigern aus dem Vergleich erworbenen Rechte, wie im Falle des § 196. Der Vergleich wird aber nicht aufgehoben, die Aufhebung des Konkurses nicht rück-

---

des Konkurses durch Zwangsvergleich bezüglich der Hauptsache von dem Gemeinschuldner nur fortgeführt werden können, wenn eine Abschlagsdividende bereits hinterlegt ist. Nur in diesem Falle ist es daher möglich, durch Fortsetzung eines anhängigen Liquidationsprozesses einen Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner zu erreichen.

[38] So Code de comm. art. 520 (in d. Fassung des Faillitegesetzes v. 1838).

gängig gemacht. Eine kassatorische Klausel im Sinne des § 360 B.G.B. ist jene Festsetzung nicht; denn ein Rücktritt vom Vergleich ist nicht in Frage. Die Klausel, dafs die Gläubigerschaft wegen Verzugs zurücktreten dürfe, wäre undurchführbar, weil dazu die nicht vorgesehene Reorganisation der Gläubigerschaft nötig wäre. Man wird aber eine Klausel, die dieses bestimmt, als eine Abrede jenes Inhalts behandeln (sie konvertieren) dürfen (arg. § 140 B.G.B.)[84].

4. Ist der Zwangsvergleich durch Betrug zustande gekommen, so kann jeder einzelne von dem Vergleiche betroffene Gläubiger den vergleichsmäfsigen Erlafs oder die Stundung seiner Forderung anfechten, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte (§ 196 Abs. 1).

Zum Betruge[85] gehört nicht der Thatbestand des § 239 K.O. und auch nicht der des § 263 Str.G.B., insbesondere nicht die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen[86]; es genügt arglistige Täuschung im Sinne des § 123 B.G.B. Ein solcher „Betrug" ist vorhanden, wenn bei einem der Gläubiger, die für den Vergleich gestimmt haben, durch Vorspiegelung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Thatsachen[87] ein Irrtum erregt oder unterhalten worden ist, der ihn veranlafste, für den Vergleich zu stimmen. Gleichgültig ist, ob der Gemeinschuldner oder ein Anderer den Irrtum erregt, und ob derjenige, welcher den Erlafs anficht oder ein Anderer getäuscht worden ist[88].

Der Betrug mufs für das Zustandekommen des Vergleichs kausal gewesen sein, so dafs ohne die Zustimmung des durch den Betrug zur Zustimmung veranlafsten Gläubigers der Vergleichsvorschlag nicht die erforderliche Mehrheit erlangt hätte.

Die Anfechtung wegen Betrugs ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden aufser stande war, den Anfechtungs-

---

[84] Vgl. hierzu die Mot. S. 426, die von Zulässigkeit der kassatorischen Klausel sprechen; ferner Löhr, Zeitschr. f. d. C.Pr. XVI S. 390. — Ob der Verzug, der einem Gläubiger gegenüber eingetreten ist, auch die anderen Gläubiger berührt, ist eine Frage der Auslegung des Vertrags. Im Zweifel wird das nicht anzunehmen sein.

[85] Vgl. zu dem Folgenden die K.Pr. S. 114, 115.

[86] Daher ist die Anfechtung nicht ausgeschlossen, wenn der Täuschende im Interesse des Getäuschten zu handeln glaubte.

[87] Z. B. durch Fingierung von Passiven oder Verheimlichung von Aktiven; durch heimliche Abfindung eines Gläubigers etc.

[88] In diesen Punkten weicht das Konkursrecht von § 123 B.G.B. ab.

grund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen (§ 196 Abs. 2). Sie ist also nicht zulässig, wenn der Gläubiger die betrügerischen Handlungen vor Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses[39] kannte oder wenn seine damalige Unkenntnis auf Verschulden beruhte.

Für die Anfechtung ist keine Form und keine Frist vorgeschrieben[40]. Dafs sie dem Anfechtungsgegner, d. i. dem Gemeinschuldner, gegenüber erklärt werden mufs, liegt in der Natur der Dinge. Die Anfechtung erfolgt in der Weise, dafs der Gläubiger seine ganze Forderung gegen den Gemeinschuldner gerichtlich oder aufsergerichtlich geltend macht. Beruft sich der Gemeinschuldner auf den Vergleich, so tritt ihm der Gläubiger mit der replica doli entgegen. Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dafs der Gläubiger die ganze Accordrate erhalten hat. Der Zwangsvergleich tritt durch eine solche Anfechtung nicht aufser Kraft; daher bleiben den Gläubigern, und zwar auch dem anfechtenden, die aus dem Zwangsvergleich erworbenen Rechte. Die Aufhebung des Konkurses wird durch die sog. Anfechtung in keiner Weise berührt.

5. Die gleiche Wirkung, wie der Umstand, dafs der Vergleich durch Betrug zustande gekommen ist, hat die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts (§ 239). Jeder Gläubiger kann den im Vergleiche gewährten Erlafs als unwirksam behandeln, also seine ganze Forderung gerichtlich und aufsergerichtlich geltend machen, ohne dafs ihm die durch den Vergleich neu erworbenen Rechte entzogen werden (§ 197 Abs. 1)[41]. Die Verurteilung mufs sich auf den Konkurs beziehen,

---

[39] Da im Beschwerdeverfahren neue Thatsachen vorgebracht werden können, so ist die Anfechtung auch ausgeschlossen, wenn der Gläubiger den Betrug noch mittels Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschlufs hätte geltend machen können.

[40] Die Fristbestimmung des § 124 B.G.B. ist hier unanwendbar.

[41] Nach dem Wortlaute des § 197 Abs. 1 vgl. mit § 196 scheint es, als ob die Verurteilung wegen betrüglichen Bankerutts anders und zwar stärker wirke, als der Betrug. Die nähere Betrachtung ergiebt aber, abgesehen von der nur im Falle des § 197 eintretenden Befugnis zum Wiederaufnahmeantrag, keine Differenz. Irrtümlich ist insbesondere die Ansicht, dafs im Falle des § 197 eine festgestellte Forderung ihrem ganzen Betrage nach auf Grund der Tabelle exequiert werden könne (so Oetker, Grundbegr. I S. 441; Petersen u. Kleinfeller §§ 183 N. I); denn die tabellarische Feststellung hat Exekutionsfähigkeit nur nach Mafsgabe des Vergleichs (arg. § 194).

in welchem der Zwangsvergleich geschlossen wurde. Ob sie vor oder nach dem Vergleich erfolgte, ist gleichgültig; es ist denkbar, dafs eine frühere Verurteilung von dem Gericht übersehen wurde. Dafs der Gläubiger von der Verurteilung schon während des Bestätigungserfahrens wufste, hindert die Berufung auf die Verurteilung nicht.

Ist ein Strafverfahren wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner eingeleitet, wenn auch nur durch Erhebung der Anklage, so kann das Konkursgericht auf Antrag eines (von dem Vergleich betroffenen) Konkursgläubigers Sicherheitsmafsregeln[42] gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurteilung desselben anordnen (§ 197 Abs. 2). Die Sicherungsmafsregeln kommen allen Konkursgläubigern des wieder aufgenommenen Konkursverfahrens zu gut[43]. Endigt das Strafverfahren, ohne dafs der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts verurteilt wird, oder erfolgt trotz der Verurteilung in entsprechender Zeit keine Wiederaufnahme des Konkursverfahrens (§ 198), so sind die Sicherheitsmafsregeln von Amtswegen aufzuheben.

Der den Antrag auf Sicherungsmafsregeln zurückweisende Beschlufs kann von dem Antragsteller, der stattgebende von dem Gemeinschuldner mit sofortiger Beschwerde angefochten werden (arg. § 73 Abs. 3)[44].

§ 58.

6. Die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.

1. Die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hat aufser der im vorigen Paragraphen unter Zff. 5 besprochenen Wirkung noch die weitere, dafs jeder von dem Zwangsvergleiche betroffene Gläubiger[1] das Recht erlangt, die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens herbeizuführen.

---

[42] Dinglichen Arrest, persönlichen Arrest, Veräufserungsverbot etc.

[43] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 197 f.

[44] A. M.: Oetker, Grundbegr. I S. 200 auf Grund der oben S. 122 N. 16 angeführten Ansicht.

[1] Also nicht ein unbefriedigt gebliebener bevorrechtigter Gläubiger; denn an seinem Rechte hat der Zwangsvergleich nichts geändert, und die Verurteilung ändert daher auch nichts. A. M.: Oetker, Grundbegr. I S. 193 N. 3. Neuen Konkurs kann der Bevorrechtigte beantragen.

Da zufolge der Verurteilung der durch den Zwangsvergleich gewährte Erlafs hinfällig wird, so ist auch der Gläubiger, der bereits die ganze Vergleichsrate empfangen hat, zum Antrage berechtigt (§ 198 Abs. 1).

Jeder zum Antrag auf Wiederaufnahme berechtigte Gläubiger kann auch die Eröffnung eines neuen Konkursverfahrens beantragen. Dies kann auch jeder neue Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner.

Zur Wiederaufnahme ist nur das frühere Konkursgericht zuständig. Zur Eröffnung eines neuen Konkurses kann ein anderes Gericht zuständig sein.

Da das wieder aufgenommene Verfahren dieselbe Konkursmasse erfafst, wie ein neues Konkursverfahren, so schliefst die Wiederaufnahme die gleichzeitige Eröffnung eines neuen Konkurses aus. Ist bei demselben Gerichte die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Eröffnung eines neuen Konkurses beantragt, so ist der zuerst gestellte Antrag mafsgebend. Ist bei einem Gerichte die Wiederaufnahme, bei einem anderen die Eröffnung eines neuen Konkurses beantragt, so schliefst dasjenige Gericht, bei welchem zuerst die Wiederaufnahme oder die Eröffnung beantragt wurde, das andere aus (arg. § 71 Abs. 2)[2]. Wenn ein Gericht die Wiederaufnahme, ein anderes die Eröffnung rechtskräftig beschlossen hat, so ist der Konflikt in derselben Weise zu lösen, wie ein Konflikt mehrerer Eröffnungsbeschlüsse[3].

Wurde nach Aufhebung eines Konkurses wegen Zwangsvergleichs ein neuer Konkurs eröffnet, so kann der erste Konkurs nach der Beendigung des zweiten wieder aufgenommen werden[4].

Der Antrag auf Wiederaufnahme ist nach Analogie des Kon-

---

[2] Vgl. Oetker, Konkursrechtl. Fragen, Festg. d. Rost. Jur. Fak. zu Windscheids Doktorjub., S. 80, Grundbegriffe I S. 194. Die Kommentare nehmen meistens an, dafs der Wiederaufnahmeantrag den Vorrang vor dem Eröffnungsantrag habe und auch noch nach Eröffnung eines neuen Verfahrens zulässig sei. Dieses soll eingestellt werden, wenn die Wiederaufnahme beschlossen wird. Allein dieser Vorrang ist aus dem Gesetze nicht zu begründen.

[3] Vgl. o. S. 145 N. 4.

[4] A. M.: Oetker, Grundbegr. I S. 193. Dessen Argumentation ist nicht stichhaltig, weil die vom Zwangsvergleiche betroffenen Gläubiger des alten Konkurses in dem vor Eintritt des Wiederaufnahmegrundes stattfindenden neuen Konkurse blofs ihre reduzierten Forderungen liquidieren konnten, und weil für den wieder aufzunehmenden Konkurs neu erworbene Masse vorhanden sein kann. Vgl. S. 451 Abs. 2. Gegen Oetker: Petersen u. Kleinfeller §§ 183 bis 187 N. II 1 S. 532, 533 Anm. 1.

kurseröffnungsantrags zu behandeln. Nur ist Wiederaufnahmegrund nicht die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, sondern dessen Verurteilung. Der Antrag eines Gläubigers auf Wiederaufnahme ist zuzulassen, wenn der Gläubiger seine Forderung und die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners glaubhaft macht (arg. § 105 Abs. 1). Natürlich ersetzt die Feststellung der Forderung in dem früheren Konkurs und die Notorietät der Verurteilung die Glaubhaftmachung. Das Gericht kann den Gemeinschuldner hören, aber notwendig ist das nicht[5]. Das Gericht hat nach Zulassung des Antrags die etwa noch erforderlichen Ermittelungen anzustellen (arg. § 105 Abs. 2), insbesondere darüber, ob der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurteilt ist. Es kann vor der Entscheidung die in § 106 Abs. 1 vorgesehenen provisorischen Maßregeln anordnen. Vor der Entscheidung ist die Antragsberechtigung des Antragstellers und dessen Prozeßfähigkeit, dann das Vorhandensein des Wiederaufnahmegrundes zu prüfen, ferner, ob nicht durch ein bereits anhängiges Konkursverfahren die Wiederaufnahme ausgeschlossen und ob eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse oder ein zur Deckung der in § 58 Nr. 1, 2 bezeichneten Massekosten ausreichender Vorschuß vorhanden ist (§ 198 Abs. 1). Der Antrag kann aus prozessualischen und aus materiellrechtlichen Gründen abgewiesen werden[6]. Gegen den abweisenden Beschluß steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu (§ 198 Abs. 2 Satz 1, verb. mit § 109). Der Wiederaufnahmebeschluß hat die Stunde der Wiederaufnahme anzugeben (§ 198 Abs. 2 Satz 2, verb. mit § 108). Gegen den Wiederaufnahmebeschluß steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu (§ 198 Abs. 2 Satz 1 verb. mit § 109). Die Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung (§ 111), sowie über Mitteilung des Eröffnungsbeschlusses an Registerbehörden, Dienstbehörde und Grundbuchamt (§§ 112, 113) gelten auch für den Wiederaufnahmebeschluß (§ 187 Abs. 2 Satz 2).

2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens hebt den Zwangsvergleich nicht auf; darum behalten die vom Vergleiche betroffenen

---

[5] Die Vorschriften des § 105 Abs. 2, 3 über Anhörung des Schuldners eignen sich nicht zur entsprechenden Anwendung auf das Wiederaufnahmeverfahren, weil der Aufnahmegrund, d. i. die Verurteilung, im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit eine Thatsache ist, über die der Schuldner nichts zu erklären hat.

[6] Vgl. o. S. 144, 145.

Gläubiger die daraus erworbenen Rechte (arg. § 197 Abs. 1). Der im Vergleiche gewährte Erlafs ist schon durch die Verurteilung unwirksam geworden. Die Wiederaufnahme setzt nur die Aufhebung des Konkurses aufser Kraft und zwar nicht ex tunc, sondern ex nunc. Sie ist im Grunde nichts anderes als Eröffnung eines Konkurses mit der Eigentümlichkeit, dafs die Rechtshandlungen, die in dem alten Konkurse vorgenommen worden sind, in dem wieder eröffneten Konkurse fortwirken.

Daher wird die Konkursmasse nach dem Zeitpunkte der Wiederaufnahme konstituiert. Daher gehört neuer Erwerb zur Masse. Daher wirkt die Beschlagnahme der Konkursmasse vom Zeitpunkte der Wiederaufnahme. Daher sind Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner zwischen der Aufhebung und der Wiederaufnahme vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber nicht unwirksam, können jedoch nach den Vorschriften der K.O. (§§ 29 ff.) angefochten werden. Insoweit bei der Anfechtbarkeit der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung in Betracht kommt (§ 30), gilt für die Anfechtung solcher Rechtshandlungen der Tag des ersten, die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteils als Tag der Zahlungseinstellung, wenn nicht zwischen der Aufhebung und der Wiederaufnahme eine Zahlungseinstellung erfolgt ist (§ 199). Die Kenntnis der Verurteilung wirkt wie die Kenntnis der Zahlungseinstellung. Ebenso verhält es sich in Bezug auf die in derselben Zwischenzeit entstandene Aufrechnungsbefugnis, soweit diese Befugnis davon abhängt, dafs der Erwerber der aufzurechnenden Forderung von der Zahlungseinstellung keine Kenntnis hatte (§ 55 Abs. 1 Nr. 3, § 199).

3. An dem wieder aufgenommenen Verfahren teilzunehmen sind die alten und die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners befugt, jene mit den noch nicht getilgten Beträgen ihrer ursprünglichen Forderungen, weil der Erlafs unwirksam ist (§ 200 Abs. 1 und 2 Satz 1). Sie können auch die bis zur Wiederaufnahme angelaufenen Zinsen und Kosten geltend machen. Bevorrechtigte alte Gläubiger sind ebenfalls zur Teilnahme befugt, sonst stünden sie schlechter als die anderen. Massegläubiger des früheren Konkurses sind auch Massegläubiger in dem wieder aufgenommenen Verfahren, weil die Gläubigerschaft des früheren Konkurses in der des wieder aufgenommenen auflebt.

Ist den alten Gläubigern auf Grund des Zwangsvergleichs eine Sicherheit aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bestellt worden,

so haben sie daran im Verhältnisse zu den neuen Gläubigern ein Absonderungsrecht (§ 200 Abs. 2 Satz 2).

4. Das Verfahren ist soweit als nötig zu wiederholen (§ 201 Abs. 1). Nötig sind immer ein neuer offener Arrest, eine neue Anmeldefrist, ein neues Prüfungsverfahren, die Berichtigung des Vermögensverzeichnisses und des Inventars sowie eine neue Bilanzierung (§§ 123, 124).

Die alten Anmeldungen gelten für das neue Verfahren. Für früher schon geprüfte Forderungen bleibt das Ergebnis der früheren Prüfung — Feststellung oder Bestreitung — maſsgebend. Daher werden die in dem früheren Verfahren festgestellten Forderungen nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft (§ 201 Abs. 2). Der Verwalter und ein konkurrierender Gläubiger kann die festgestellte Forderung bestreiten, aber nur aus dem Grunde, daſs sie nach der Feststellung durch Zahlung, Aufrechnung, Erlaſs etc. ganz oder teilweise erloschen sei. Bestreitung aus einem anderen Grunde wäre unwirksam, woraus sich ergiebt, daſs die nachträgliche Aufhebung als Grund der Bestreitung angegeben werden muſs, während bei der ersten Prüfung die Angabe des Bestreitungsgrundes nicht erforderlich ist. Da die frühere Feststellung, mag sie im Prüfungstermin oder nachträglich erfolgt sein, gegenüber den Konkursgläubigern wie ein Urteil wirkt (§§ 145 Abs. 2, 147), so muſs der Opponent den Widerspruch betreiben (§ 146 Abs. 6) und zwar durch Widerspruchsklage nach § 767 C.Pr.O. War eine Forderung früher bestritten und ist der Widerspruch nicht in dem Verfahren nach § 146 Abs. 2, 5, 6 C.Pr.O. beseitigt worden, so bleibt sie auch für das aufgenommene Verfahren eine bestrittene Forderung. Für die Parteirollen im Feststellungsstreit entscheidet die Rechtslage im früheren Verfahren; der Gläubiger kann also nicht auf Grund eines inzwischen gegen den Gemeinschuldner erlangten Titels die Stellung eines titulierten Gläubigers im Sinne des § 146 Abs. 6 erlangen[7]. Eine in dem früheren Verfahren geprüfte, aber nicht festgestellte Forderung kann jetzt noch von einem Oppositionsberechtigten (Verwalter, konkurrierenden Gläubiger), der früher nicht opponiert hatte, bestritten werden, aber nur aus dem Grunde nachträglicher Tilgung (arg. § 201 Abs. 2)[8]. Natürlich kann ein früherer Opponent ohne neue Bestreitung in dem Feststellungsprozesse jetzt auch die nach-

[7] Vgl. Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 84.
[8] Vgl. Oetker a. a. O. S. 86f.

trägliche Tilgung geltend machen, wenn dies nach der Prozefslage möglich ist; ist dies nicht der Fall, so mufs er zu diesem Zwecke neue Opposition erheben. Eine früher schon vorhandene, aber nicht geprüfte Forderung ist im aufgenommenen Verfahren zu prüfen. Dabei kann der Gläubiger auf Grund eines in der Zwischenzeit erlangten Titels die Position eines titulierten Gläubigers im Sinne des § 146 Abs. 6 beanspruchen; denn der Opponent hat nicht, wie im Falle früherer Bestreitung einer nicht titulierten Forderung, ein Recht auf die Betreibung der Feststellung durch den Liquidanten[9]. Eine erst nach der früheren Konkurseröffnung entstandene Forderung ist ebenfalls nach den allgemeinen Vorschriften zu prüfen und eventuell festzustellen.

Der in dem früheren Verfahren ernannte Konkursverwalter tritt wieder in Funktion, ohne dafs es neuer Ernennung bedürfte. Die Gläubiger des aufgenommenen Konkurses haben nicht das Recht, eine andere Person vorzuschlagen. Natürlich mufs das Gericht den Verwalter von der Wiederaufnahme des Verfahrens benachrichtigen. Dieser kann die Fortführung der Konkursverwaltung ablehnen. Dann hat das Gericht einen neuen Verwalter zu ernennen. Ebenso verhält es sich, wenn der frühere Verwalter gestorben oder zur Verwaltung unfähig geworden ist. Ist ein neuer Verwalter ernannt worden, so haben die Gläubiger das Recht, eine andere Person vorzuschlagen (§ 80).

Der in dem früheren Verfahren bestellte Gläubigerausschufs tritt ebenfalls wieder in Funktion. Die frühere Wahl gilt auch für das neue Verfahren, vorbehaltlich des Widerrufs nach § 92. Sind Mitglieder des Gläubigerausschusses weggefallen, so ist eine Ersatzwahl nötig.

Das wieder aufgenommene Verfahren kann durch Aufhebung nach Schlufsverteilung (§ 163) oder durch Einstellung (§§ 202, 204) beendigt werden. Zwangsvergleich ist nicht zulässig (arg. § 175 Nr. 2).

III. Die Einstellung des Konkursverfahrens.

§ 59.

1. Die Einstellung mit Zustimmung der Konkursgläubiger.

1. Auf Antrag des Gemeinschuldners ist das Konkursverfahren einzustellen, wenn die einzelnen Konkursgläubiger der Einstellung zustimmen (§ 202).

---

[9] Vgl. Oetker a. a. O. S. 85.

Der Einstellungsgrund ist der in der Zustimmung der einzelnen Konkursgläubiger liegende Verzicht auf die für sie durch die Konkurseröffnung entstandenen Rechte an der Konkursmasse. Der Verzicht auf diese Rechte enthält zugleich den Verzicht auf die prozefsrechtliche Befugnis, die Realisierung dieser Rechte in dem anhängigen Konkursverfahren zu verlangen.

Der Verzicht auf die bezeichneten Rechte ist eine prozefsrechtliche Handlung. Daher ist die Wirksamkeit des Verzichts davon abhängig, dafs der Verzichtende prozefsfähig ist. Für einen nicht prozefsfähigen Gläubiger mufs der Verzicht von dem gesetzlichen Vertreter erklärt werden. Mehrere Gesamtgläubiger müssen alle verzichten. Aufser dem Gläubiger mufs auch derjenige verzichten, welcher ein Pfandrecht an der Forderung hat.

Als Prozefshandlung richtet sich die den Verzicht aussprechende Erklärung an das Konkursgericht. Sie kann dem Gerichte direkt zugehen; dann ist eine der Formen zu beobachten, in denen prozessualische Erklärungen an das Gericht erfolgen können, also Einreichung eines Schriftsatzes oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Die schriftliche Verzichtserklärung kann auch dem Gemeinschuldner ausgehändigt und von dem Gemeinschuldner dem Gericht übermittelt werden. Eine Beglaubigung der Unterschrift ist nicht geboten[1]; es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dafs das Gericht bei der Prüfung, ob die erforderlichen Erklärungen vorliegen, über die Echtheit einer Erklärung Ermittelungen anordnet (arg. § 75) oder die Beglaubigung verlangt. Die Behändigung der Erklärung an den Gemeinschuldner enthält die Ermächtigung, die Erklärung dem Gerichte zu übermitteln.

Condicio iuris für die Wirksamkeit des Verzichts ist, dafs auch die anderen Gläubiger, deren Zustimmung nach dem Gesetze zur Einstellung erforderlich ist, der Einstellung des Verfahrens zustimmen, so dafs also die Einstellung wirklich erfolgt.

Jede Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens gilt nur für die Einstellung, welche alsbald nach der Zustimmungserklärung beantragt und beschlossen wird. Der Gemeinschuldner kann die Einstellung nicht beantragen auf Grund von Zustimmungserklärungen, die vor einem halben Jahre abgegeben wurden, weil jene Erklärungen nur „rebus sic stantibus“ zu alsbaldiger Verwendung abgegeben sind, und weil sich inzwischen die Situation des Konkurs-

[1] Vgl. die Mot. S. 437. — In § 192 des Entw. e. G.Sch.O. ist Beglaubigung gefordert. Dieser Punkt wurde geändert.

verfahrens verschoben haben kann. Wird der Antrag auf Einstellung abgewiesen, so ist die Zustimmung unwirksam; sie kann nicht zu einem neuen Einstellungsantrage benutzt werden.

Die Verzichtserklärung kann auf einem Vertrage mit dem Gemeinschuldner beruhen. Es kann sein, dafs der Gemeinschuldner dem Gläubiger eine Sicherung oder teilweise[2] Befriedigung gewährt hat gegen das Versprechen, auf das Konkursverfahren zu verzichten; der Gläubiger kann aber auch ohne Entgelt dem Gemeinschuldner den Verzicht versprochen haben. Die Verzichtserklärung als solche ist kein Bestandteil eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts (Vertrags), sondern eine einseitige Erklärung.

Die Beifügung einer Bedingung macht die Verzichtserklärung unwirksam. Dies folgt daraus, dafs die Erklärung eine prozessualische Handlung ist, und dafs prozessualische Handlungen die Beifügung einer Bedingung im Allgemeinen nicht vertragen. Natürlich kann die condicio iuris, dafs auch die anderen Gläubiger der Einstellung des Verfahrens zustimmen, bei der Zustimmung des einzelnen Gläubigers ausdrücklich erklärt werden.

Die Beifügung eines Anfangstermins ist sinnlos und macht die Zustimmung unwirksam. Dagegen dürfte die Beifügung eines Endtermins in dem Sinne, dafs die Zustimmung nur bis zu einem bestimmten Tage gelten solle, dem Wesen der Zustimmung nicht widerstreiten, da jede Zustimmung eine zeitliche Begrenzung in sich trägt (vgl. oben S. 454 Abs. 5).

Zweifelhaft ist, ob die Zustimmung widerrufen werden kann. Geht man davon aus, dafs sie eine prozessualische Willenserklärung zu Gunsten des Gemeinschuldners ist, so gelangt man zunächst dazu, sie als unwiderruflich zu behandeln; denn prozessualische Erklärungen, welche die Lage des Gegners verbessern, sind im Allgemeinen nicht widerruflich. Dagegen scheint der Umstand, dafs ein Konkursgläubiger, der der Einstellung zustimmte, stets neuen Konkurs beantragen kann, für die Widerruflichkeit der Zustimmung zu sprechen. Aber dieser Umstand kann nicht den Ausschlag geben; denn der morgen zu eröffnende Konkurs ist ein anderer, als der vor einem Monat eröffnete und heute eingestellte Konkurs; man darf also nicht aus der Möglichkeit, neuen Konkurs zu beantragen, auf die Befugnis schliefsen, die Zustimmung zur

[2] Der vollständig befriedigte Gläubiger scheidet aus dem Kreise der Personen aus, deren Zustimmung zur Einstellung erforderlich ist. Vgl. unten S. 458 Ziff. 3 Abs. 3.

Einstellung zu widerrufen. So mufs es bei der Unwiderruflichkeit der Zustimmung verbleiben[3].

Als rechtsgeschäftliche Willenserklärung kann die Zustimmung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Bedrohung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 119 bis 124, §§ 143, 144 B.G.B.) angefochten werden; Anfechtungsgegner (im Sinne des § 143 B.G.B.) ist der Gemeinschuldner als derjenige, welcher auf Grund der Zustimmungserklärung einen rechtlichen Vorteil erlangt hat (arg. § 143 Abs. 4 Satz 1 B.G.B.); jedoch kann die Anfechtung auch durch Erklärung gegenüber dem Konkursgericht erfolgen (arg. § 143 Abs. 4 Satz 2 B.G.B.). Ist die Anfechtung rechtzeitig erfolgt, so kann der Gläubiger die Nichtigkeit seiner Zustimmung durch Widerspruch gegen den Einstellungsantrag nach § 203 Satz 2 K.O. geltend machen. Nach Eintritt der Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses ist die Anfechtung der Zustimmungserklärung ausgeschlossen. Der etwaige Mangel ist durch die Rechtskraft des Beschlusses gedeckt.

2. Prinzipiell wäre zur Einstellung eigentlich die Zustimmung aller Konkursgläubiger zu fordern, da sie alle durch die Konkurseröffnung Rechte an der Konkursmasse und die prozessualische Befugnis erlangt haben, die Durchführung des Verfahrens zu begehren[4]. Um die Einstellung für die Praxis brauchbar zu machen, ist das Prinzip im Gesetze folgendermafsen modifiziert:

a) Zur Einstellung des Verfahrens nach Ablauf der Anmeldefrist (§ 138) ist die Zustimmung derjenigen Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, erforderlich und genügend (§ 202 Abs. 1 Satz 1)[5].

Unbedingt nötig ist die Zustimmung der Liquidanten, deren Forderungen bereits im Prüfungstermin oder nachträglich festgestellt sind[6]. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen noch nicht festgestellt sind — sei es, dafs sie noch nicht geprüft, sei es, dafs sie bei der Prüfung auf Widerspruch des Verwalters oder eines

---

[3] Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 401 bei N. 1.

[4] Vgl. die Mot. S. 436.

[5] Darauf, ob eine Anmeldung allen formellen Anforderungen entspricht, dürfte es hier nicht ankommen; denn es handelt sich um die Zustimmung derjenigen Gläubiger, welche sich am Konkurse bereits beteiligt haben.

[6] Über den Begriff der Feststellung s. oben S. 205 Ziff. 6.

konkurrierenden Gläubigers gestofsen sind[7] — entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen (§ 202 Abs. 1 Satz 2). Dabei hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die noch nicht festgestellte Forderung die Eigenschaft einer zur Teilnahme am Konkursverfahren berechtigenden Forderung hat (vgl. §§ 3, 63 und etwa § 5 Abs. 2) und ob die in der Anmeldung enthaltene Begründung (§ 139) die Forderung ergiebt. Gelangt es zur Verneinung einer dieser Fragen, so entfällt das Bedürfnis der Zustimmung. Bei Bejahung beider Fragen hat das Gericht ferner zu prüfen, ob nicht die angemeldete Forderung voraussichtlich mit Erfolg bestritten werden kann; ergiebt sich aus den gepflogenen Ermittelungen, dafs dies anzunehmen ist[8], so kann das Gericht von der Zustimmung und von einer Sicherstellung Umgang nehmen. Anderenfalls hat es sich darüber schlüssig zu machen, ob es die Zustimmung des Gläubigers fordern oder eine von dem Gemeinschuldner oder einem Dritten angebotene Sicherstellung für genügenden Ersatz der Zustimmung gelten lassen will. Durch die Möglichkeit, die Zustimmung durch Sicherstellung zu ersetzen, wird verhindert, dafs der Gläubiger einer zweifelhaften Forderung die Situation zu einer Pression auf den Gemeinschuldner ausnützen und seine Zustimmung von der Anerkennung seiner Forderung abhängig machen kann.

Über eine angemeldete Forderung, die als Konkursforderung genügend begründet und nicht ganz aussichtslos ist, darf das Gericht nicht einfach hinwegschreiten.

Die vorstehenden Sätze gelten nicht blofs, wenn der Antrag auf Einstellung nach Ablauf der Anmeldefrist gestellt wird, sondern auch, wenn der Antrag vor Ablauf der Frist gestellt worden ist, die Entscheidung aber erst nach Ablauf der Frist erfolgt[9].

---

[7] Oetker, Grundbegr. I S. 400 N. 5 will titulierte Forderungen (§ 146 Abs. 6) als festgestellte Forderungen behandeln, auch wenn sie bestritten sind — ohne genügende Begründung. Warum sollte das Gericht bei einer solchen Forderung nicht die Sicherstellung für ausreichend erachten dürfen?

[8] Man denke z. B. an den Fall, dafs die Forderung offenbar auf einem wucherischen Geschäft oder auf einem nicht klagbaren Differenzgeschäfte beruht.

[9] Vgl. v. Wilmowski § 188 N. 2, Petersen u. Kleinfeller §§ 188, 189 N. 1, v. Völderndorff § 188 N. d, Endemann S. 614, Fitting § 51 N. 13. A. M.: v. Sarwey u. Bossert § 188 N. 6a. — Die im Texte vorgetragene Ansicht stützt sich weniger auf den Wortlaut des § 202 Abs. 2, als darauf, dafs bei gerichtlichen Entscheidungen im Allgemeinen die zur Zeit der Entscheidung vorhandenen Umstände zu berücksichtigen sind.

b) Zur Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist ist die Zustimmung aller dem Gerichte bekannten Gläubiger erforderlich und genügend (§ 202 Abs. 2). Die Kenntnis der Gläubiger schöpft das Gericht aus den bei dem Antrag auf Konkurseröffnung gemachten Angaben des Antragstellers (vgl. §§ 104, 105), aus dem Inventar (§ 124), aus den Geschäftsbüchern des Gemeinschuldners und aus den bereits eingelaufenen Anmeldungen. Das Gericht kann auch bei der Einstellung in diesem Stadium anstatt der Zustimmunng die Sicherstellung genügen lassen und von der Zustimmung eines Liquidanten absehen, dessen Forderung es für aussichtslos erachtet; denn es ist kein Grund zu finden, warum das Gericht bei der Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist eine geringere Freiheit des Ermessens hinsichtlich der Forderungen haben sollte, als bei der Einstellung nach Ablauf der Anmeldefrist.

3. Die Initiative zu der Einstellung mufs von dem Gemeinschuldner ausgehen. Er allein ist befugt, die Einstellung zu beantragen.

Die Einstellung kann in jedem Stadium des Konkursverfahrens von der Eröffnung bis zur Aufhebung beantragt werden. Besonderes gilt nur im Konkurs über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft; vgl. unten S. 462 Ziff. 4. Der Antrag kann zurückgezogen werden, bis die Einstellung rechtskräftig beschlossen ist.

Dem Antragsteller liegt es ob, dem Gerichte die nach dem Gesetz erforderlichen Zustimmungen oder die Sicherstellung, welche die Zustimmung ersetzen soll, nachzuweisen. Durch den Nachweis vollständiger Befriedigung eines Konkursgläubigers wird natürlich dessen Zustimmung erübrigt.

Wird ein Einstellungsantrag gestellt, so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die erforderlichen Zustimmungserklärungen oder Sicherstellungen vorliegen. Es kann von Amtswegen Ermittelungen anstellen (arg. § 75). Es kann den Antragsteller auf das Fehlen von Zustimmungen aufmerksam machen, damit er sie nachträglich beibringe.

Hat der Antragsteller die nach Ansicht des Gerichts erforderlichen Zustimmungen nicht beigebracht, so ist der Antrag abzuweisen. Die Entscheidung ist dem Antragsteller zuzustellen. Dieser kann sie mit sofortiger Beschwerde anfechten (arg. § 73 Abs. 3).

Anderenfalls ist der Antrag öffentlich bekannt zu machen und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen (§ 203 Abs. 1

Satz 1). Mit der Bekanntmachung ist noch nichts entschieden, insbesondere ist nicht ausgesprochen, dafs der Antrag den gesetzlichen Erfordernissen entspreche. Die Bekanntmachung ist blofs die Instruktion eines nicht a limine abgewiesenen Antrags. Daher kann die Bekanntmachung von niemandem mit Beschwerde angefochten werden[10].

Mit der öffentlichen Bekanntmachung (d. i. mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes, arg. § 76 Abs. 1) beginnt eine gesetzliche, nicht verlängerbare Frist von einer Woche zur Erhebung des Widerspruchs gegen den Antrag (§ 203 Abs. 1 Satz 2). Diese Frist ist keine Ausschlufsfrist. Da das Gericht vor der Einstellung von Amtswegen zu prüfen hat, ob die erforderlichen Zustimmungserklärungen vorhanden sind, so mufs es auch den Widerspruch eines Gläubigers in Betracht ziehen, der erst nach Ablauf der Frist erhoben worden ist.

Der Widerspruch steht jedem Gläubiger zu, dessen Zustimmung in Betracht kommt. Also bei Einstellung nach Ablauf der Anmeldefrist jedem Liquidanten. Da die Anmeldefrist keine Ausschlufsfrist ist, kann die Anmeldung der Forderung auch noch innerhalb der Widerspruchsfrist erfolgen und der Widerspruch auf eine solche Anmeldung gegründet werden (§ 203 Abs. 1 Satz 3). Handelt es sich um Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist, so kann jeder Konkursgläubiger Widerspruch erheben, auch ohne seine Forderung förmlich angemeldet zu haben.

Nicht zu berücksichtigen ist der Widerspruch eines Gläubigers, der seine Zustimmung erklärt hat, weil die Zustimmung nicht widerruflich ist (s. o. S. 455). Soweit jedoch eine Zustimmungserklärung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung rechtzeitig angefochten ist, kann die Nichtigkeit der Zustimmung durch Widerspruch geltend gemacht werden.

Einen Widerspruch im Sinne des § 203 kann ein Gläubiger, der der Einstellung zugestimmt hat, nicht darauf stützen, dafs die Zustimmung eines anderen Gläubigers fehle; denn er kann nicht das Recht des Anderen geltend machen. Da aber das Gericht vor der Einstellung ex officio zu prüfen hat, ob die erforderlichen Zustimmungserklärungen vorliegen, so kann ein solcher Gläubiger, indem er das Gericht auf das Fehlen der Zustimmung eines anderen Gläubigers aufmerksam macht, die Einstellung möglicherweise

[10] Vgl. R.G. 18. April 1898 S.A. LIV Nr. 73.

(nämlich, wenn sich die Mitteilung als richtig erweist) hintertreiben.

Nach Ablauf der Widerspruchsfrist erfolgt die endgültige Kognition über den Einstellungsantrag. Vor der Entscheidung sind der Gemeinschuldner, der Verwalter und, wenn Widerspruch erhoben ist, auch der widersprechende Gläubiger zu hören. Das Gericht kann immer wieder zur Aufklärung der in Betracht kommenden Verhältnisse von Amtswegen Ermittelungen anstellen (arg. § 75), auch dem Gemeinschuldner noch Gelegenheit geben, die erforderlichen Zustimmungserklärungen beizubringen oder einen Widerspruch durch Befriedigung des Widersprechenden zu beseitigen. Der Widerspruch eines Gläubigers, dessen Zustimmung erforderlich ist, hindert die Einstellung. Das Gericht mufs aber, auch ohne dafs Widerspruch erhoben wurde, die Einstellung verweigern, wenn sich bei der endgültigen Kognition herausstellt, dafs die erforderlichen Zustimmungserklärungen nicht vorliegen.

Andererseits darf das Gericht die Einstellung nicht verweigern, wenn die erforderlichen Zustimmungserklärungen oder die sie ersetzenden Sicherstellungen nachgewiesen sind. Das gilt nicht blofs für die Einstellung nach Ablauf der Anmeldefrist, sondern auch für die frühere Einstellung. Für jenen Fall ist es direkt aus dem Gesetze zu entnehmen; denn § 202 Abs. 1 gebietet die Einstellung. Für den anderen Fall scheint § 202 Abs. 2 das Gegenteil zu ergeben („das Verfahren kann ..... eingestellt werden"); aber die dem Gericht eingeräumte Freiheit, die in dem Worte „kann" zum Ausdrucke kommt, dürfte nicht dahin gehen, dafs das Gericht trotz Zustimmung aller bekannten Gläubiger den Einstellungsantrag abweisen darf, sondern dahin, dafs das Gericht es in der Hand hat, mit der Entscheidung bis zum Ablaufe der Anmeldefrist zu zögern und auf diese Weise den Fall des § 202 Abs. 1 herbeizuführen [11].

Was oben (S. 458 Ziff. 3 Abs. 5) über die Zustellung und die Anfechtbarkeit des Beschlusses gesagt ist, welcher den Einstellungsantrag a limine zurückweist, gilt auch für den Beschlufs, welcher

[11] Über diesen Punkt bestehen verschiedene Meinungen: Ähnlich wie der Text: v. Wilmowski § 188 N. 1, Petersen u. Kleinfeller §§ 188, 189 N. 3, v. Völderndorff § 188 N. h, Hullmann § 188 N. 4, Oetker, Grundbegr. I S. 401 bei N. 5. Anders: v. Sarwey u. Bossert § 188 N. 6, Endemann S. 615 f., welche dem Gerichte die Befugnis zusprechen, vor Ablauf der Anmeldefrist jeden Einstellungsantrag abzuweisen, auch wenn die bekannten Gläubiger zugestimmt haben.

nach der öffentlichen Bekanntmachung den Antrag auf Einstellung abweist.

Der Einstellungsbeschluſs ist niemanden zuzustellen, sondern unter Angabe des Einstellungsgrundes öffentlich bekannt zu machen (§ 205 Abs. 1). Die öffentliche Zustellung gilt als Zustellung an alle Beteiligten (arg. § 76 Abs. 3)[12]. Auf die Bekanntmachung findet § 111 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Der Gerichtsschreiber hat den Einstellungsbeschluſs den in § 112 bezeichneten Behörden mitzuteilen. Das Gericht hat die Einstellung dem Grundbuchamte mitzuteilen, wenn die Konkurseröffnung in ein Grundbuch eingetragen wurde (alles auf Grund des § 205 Abs. 2).

Aus der Konkursmasse hat der Verwalter die Masseansprüche zu befriedigen und die bestrittenen Masseansprüche sicher zu stellen (§ 205 Abs. 2 mit § 191)[13].

Der Verwalter hat einer Gläubigerversammlung Schluſsrechnung zu legen[14].

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über die Konkursmasse, soweit sie nicht zur Befriedigung von Massegläubigern verbraucht ist, frei zu verfügen (§ 206 Abs. 1). Eine Aktiengesellschaft und eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nach der Einstellung rekonstituiert werden (§ 307 Abs. 2 H.G.B., § 60 Nr. 4 R.G. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haft., Red. v. 1898). Im Übrigen sind die Wirkungen dieser Beendigung des Verfahrens die gleichen, wie bei der Aufhebung des Konkursverfahrens nach einer Schluſsverteilung (§ 206 Abs. 2 mit § 164). Vgl. oben S. 385 bis 400.

Die Wirkungen der Einstellung treten mit der Bekanntmachung ein[15].

Der Einstellungsbeschluſs kann mit der sofortigen Beschwerde von jedem Konkursgläubiger angefochten werden, dessen Zustimmung

---

[12] Vgl. v. Wilmowski § 189 N. 2 Abs. 2, § 191 N. 1; Oetker, Grundbegr. I S. 402 bei N. 3. — Dagegen vertreten Petersen u. Kleinfeller N. zu §§ 191, 192, Fitting § 51 I Nr. 5, II und Endemann S. 622 die Ansicht, daſs der Beschluſs zunächst dem Gemeinschuldner, dem Konkursverwalter und allen Konkursgläubigern zuzustellen und erst nach Eintritt der Rechtskraft bekannt zu machen sei.

[13] Obwohl in § 205 Abs. 2 nicht bloſs auf Abs. 1 des § 191 verwiesen ist, kommen doch die bevorrechtigten Konkursforderungen (Abs. 2 des § 191) hier nicht in Betracht, da die Befriedigung eines Konkursgläubigers in dem Verfahren dem Wesen der Einstellung widerspräche. Vgl. a. Komm.Ber. 1898 S. 28, 45.

[14] Vgl. oben S. 161 Abs. 4, S. 162.

[15] Vgl. oben S. 384 Abs. 3.

zu der Einstellung erforderlich und nicht vorhanden ist. Nach Erlassung des Beschlusses kann sich aber ein Gläubiger nicht mehr durch nachträgliche Anmeldung die Berücksichtigung erzwingen, da er zu dem eingestellten Verfahren keine Forderung mehr anmelden kann. Kein Beschwerderecht hat der Verwalter, da die Gläubigerschaft als solche kein Recht auf die Fortsetzung des Verfahrens hat. Der Gemeinschuldner kann nicht als beschwerdeberechtigt in Frage kommen, da er die Einstellung verlangt hat.

Die Einlegung der Beschwerde hemmt die Wirkungen des Einstellungsbeschlusses nicht; aber sowohl das Konkursgericht als das Beschwerdegericht kann anordnen, dafs die Vollziehung (d. i. die Aushändigung der Masse an den Gemeinschuldner) auszusetzen sei (arg. § 572 C.Pr.O.).

Wird der Beschluſs vom Beschwerdegericht aufgehoben, so ist das Verfahren fortzusetzen. Die Wirkungen der Einstellung werden rückgängig, unbeschadet der Wirksamkeit der Verfügungen, die der Gemeinschuldner in der Zwischenzeit über die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände getroffen hat. Der Beschluſs des Beschwerdegerichts wird aber erst mit der Rechtskraft wirksam, sofern nicht das Beschwerdegericht seine sofortige Wirksamkeit anordnet (arg. § 74).

4. Besonderes gilt wegen der Haftpflicht der Genossen (§ 105 Gen.Ges., Red. v. 1898) im Konkurs über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft. Hier ist die Einstellung des Verfahrens erst zulässig, nachdem mit dem Vollzuge der Schlufsverteilung begonnen ist. Die Zustimmung aller bei der Schlufsverteilung berücksichtigten Konkursgläubiger ist beizubringen. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen (§ 116 Abs. 2 Gen.Ges.).

Würde die Einstellung zulässig sein, bevor der Ausfall im Konkursverfahren ermittelt ist, so könnten durch Abmachungen zwischen den Genossenschaftsgläubigern und den Genossenschaftsorganen die persönlich haftenden Genossen benachteiligt werden. Auch bestände die Gefahr, dafs Gläubiger, die noch nicht angemeldet sind, in ihrem Recht auf Realisierung der Nachschufspflicht beeinträchtigt werden könnten.

Die Einstellung hindert den Vollzug der Schlufsverteilung und macht die Nachschufsberechnung entbehrlich.

§ 60.

2. Die Einstellung wegen ungenügender Konkursmasse.

1. Wie kein Konkurs zu eröffnen ist, wenn keine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse vorhanden ist (§ 107 Abs. 1)[1], so ist das Verfahren einzustellen, sobald sich der Mangel einer den Kosten entsprechenden Masse herausstellt (§ 204 Abs. 1 Satz 1). Über die Schätzung der Masse s. oben S. 141 Abs. 2. Um einen solchen Beschluſs abzuwenden, kann der Verwalter oder ein Gläubiger es mit Ladung des Gemeinschuldners zur Leistung des Offenbarungseides versuchen (§ 125).

Die Einstellung aus diesem Grunde hat das Gericht von Amtswegen zu beschlieſsen. Jeder Beteiligte (der Gemeinschuldner, der Verwalter und ein konkurrierender Gläubiger) kann das Gericht auf den Mangel einer entsprechenden Masse aufmerksam machen; aber ein Recht, die Einstellung aus diesem Grunde zu beantragen, hat niemand; das Gericht hat nichts zu beschlieſsen, wenn es einer solchen Anregung keine Folge geben will.

Ist die Voraussetzung zu dieser Einstellung gegeben, so ist die Fortsetzung des Verfahrens zwecklos. Das Konkursverfahren ist nicht Selbstzweck, sondern soll die Befriedigung der Konkursgläubiger herbeiführen. Dieser Zweck ist unerreichbar, wenn die Masse nicht die Kosten des Verfahrens übersteigt. Daher darf das Gericht (trotz dem Wortlaute des Gesetzes: „das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen“) nicht das Verfahren fortsetzen, sondern muſs es einstellen, wenn der Mangel einer entsprechenden Masse feststeht. Das richterliche Ermessen kann vernünftiger Weise nur für die Schätzung der Masse, aber nicht für die Wahl zwischen der Einstellung und der zwecklosen Fortsetzung des Verfahrens gelten.

2. Beabsichtigt das Gericht eine solche Einstellung, so soll es die Gläubigerversammlung hören (§ 204 Abs. 2). Ein ohne Gehör der Gläubigerversammlung gefaſster Einstellungsbeschluſs kann aus diesem Grunde mit Beschwerde angefochten werden, ist aber nicht ipso iure unwirksam.

Das Gericht kann die Einstellung beschlieſsen, auch wenn die Gläubigerversammlung die Fortsetzung verlangt.

Dagegen darf die Einstellung nicht beschlossen werden, wenn ein zur Deckung der in § 58 Nr. 1, 2 bezeichneten Massekosten

[1] Vgl. oben S. 141, S. 146 Abs. 5.

ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird (§ 204 Abs. 1 Satz 2)[2].

3. Auch dieser Einstellungsbeschluſs ist unter Angabe des Einstellungsgrundes öffentlich bekannt zu machen (§ 205 Abs. 2). Die öffentliche Bekanntgabe gilt als Zustellung an alle Beteiligten (arg. § 76 Abs. 3). Auf die Bekanntmachung findet § 111 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Der Gerichtsschreiber hat den Einstellungsbeschluſs den in § 112 bezeichneten Behörden mitzuteilen. Das Gericht hat die Einstellung dem Grundbuchamte mitzuteilen, wenn die Konkurseröffnung in ein Grundbuch eingetragen worden ist (alles auf Grund des § 205 Abs. 2).

Soweit die Konkursmasse reicht, hat der Konkursverwalter die Masseansprüche zu berichtigen und die bestrittenen Masseansprüche sicher zu stellen (§ 205 Abs. 2 mit § 191)[3]. Reicht die Masse nicht zur Befriedigung aller Massegläubiger aus, so ist § 60 zu beachten.

Der Verwalter hat einer Gläubigerversammlung Schluſsrechnung zu legen. Zweckmäſsigerweise wird das in derselben Gläubigerversammlung geschehen, die über die beabsichtigte Einstellung gehört wird.

Soweit nach Befriedigung der Massegläubiger noch Konkursmasse vorhanden ist, erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen (§ 206 Abs. 1). Im übrigen sind die Wirkungen der Einstellung auch hier die gleichen, wie bei der Aufhebung des Konkursverfahrens nach einer Schluſsverteilung (§ 206 Abs. 2 mit § 164). Vgl. oben S. 385 bis 400.

---

[2] Diese, durch die Konkursnovelle eingefügte Bestimmung verdient keinen Beifall. In der Begründung ist einfach auf den entsprechenden Zusatz zu § 99 Abs. 1 (jetzt § 107 Abs. 1) verwiesen, ohne den Unterschied zwischen der Sachlage vor und nach der Eröffnung des Verfahrens zu berücksichtigen. Vor der Eröffnung des Verfahrens läſst sich der Massebestand selten genau ermitteln; es hat daher guten Sinn, wenn das Gesetz die Möglichkeit gewährt, durch einen Kostenvorschuſs die Bedenken eines ängstlichen Richters über das Vorhandensein entsprechender Masse zu beseitigen. Ist das Verfahren eröffnet, so läſst sich in der Regel der Massebestand bald überschauen. Stellt sich heraus, daſs die Masse nicht für die Kosten reicht, was hat es dann für einen Sinn, das Verfahren fortzusetzen, wenn jemand für die Kosten Vorschuſs leistet? Wird dadurch die Zwecklosigkeit des Verfahrens gehoben? Übrigens dürfte die neue Bestimmung harmlos sein — es wird davon kein Gebrauch gemacht werden. Vgl. jetzt auch Oetker, Ztschr. f. d. C.Pr. XXV S. 10 N. 6.

[3] Vgl. oben S. 461 N. 13.

Die Wirkungen der Einstellung treten mit der Bekanntmachung ein.

Die sofortige Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluſs steht jedem Gläubiger zu, der das Recht hat, das Konkursverfahren zu beantragen, also nicht bloſs den angemeldeten Gläubigern. Der Verwalter hat so wenig ein Beschwerderecht wie bei der Einstellung auf Grund der Zustimmung der Gläubiger[4]. Auch dem Gemeinschuldner dürfte die Beschwerde zustehen, weil er berechtigt ist, die Konkurseröffnung zu beantragen.

Über die Wirkung der Beschwerde und über die Aufhebung des Einstellungsbeschlusses durch das Beschwerdegericht sind die oben S. 462 Abs. 2, 3 entwickelten Sätze zu vergleichen.

4. Im Konkurs über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft kann das Verfahren nicht wegen ungenügender Konkursmasse eingestellt werden, weil die nachschuſspflichtigen Genossen den Konkursgläubigern und dadurch indirekt auch für die Kosten des Verfahrens haften (vgl. §§ 100 Abs. 3, 105, 116 Abs. 2 Gen.Ges., Red. v. 1898).

---

[4] Vgl. oben S. 462 Abs. 1.

Sachregister.

(Die Zahlen verweisen auf die Seiten. Wo auf eine Note verwiesen ist, ist nach der Seitenzahl N. beigesetzt).

A.

Abgaben, öffentliche 61, 111.
Abkömmlinge 85.
Ableben des Gemeinschuldners s. Tod.
Ablehnung der Aufnahme eines unterbrochenen Aktivprozesses über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand 181, 312.
Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft 79, 80.
Ablehnung von Gerichtspersonen 115.
Ablösung eines Absonderungsrechts 102, 312.
Abnahme der Schlufsrechnung s. Schlufsrechnung.
Abrechnung von Zwischenzinsen 47.
Abschlagsdividende 273.
Abschlagsverteilung 345, 346 ff., 357 ff., 380.
Abschlufs der Bücher des Gemeinschuldners 292.
Absonderung, Begriff 100.
Absonderungsanspruch 102 ff., Streitigkeiten über den A. 105, 120, Anerkennung eines A. 312.
Absonderungsberechtigte 35, 100 ff., 168, 289, 308 ff., 350 f., 352, 357 ff., 364, 377.
Absonderungsrecht der Nachlafsgläubiger und der Vermächtnisnehmer 101 N. 1, im Nachlafskonkurs und im Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 102, an einem im Auslande befindlichen Gegenstande 106, auf Grund von Sachobligationen 107 ff., an unbeweglichem Vermögen 108 f., an beweglichem Vermögen 109 ff., auf Grund einer Gemeinschaft 112, an Lehen, Stammgütern, Familienfideikommissen 113, Rechtsstreitigkeiten über das A. 105, 120, Verzicht auf das A. 350, 352, 357 ff., 364, 377.
Abstimmung in der Gläubigerversammlung 169 f., über einen Vergleichsvorschlag 423 ff.
actio Pauliana 199 N. 1.
Abtretung einer Forderung 66, 107, 233.
Abweisung des Antrags auf Konkurseröffnung 146, des Antrags auf Wiederaufnahme des Konkursverfahrens 450.
Änderung einer Anmeldung 253, des Teilungsverzeichnisses 353.
Ärzte, Forderungen der Ä. 63.
Akkord s. Zwangsvergleich.
Aktiengesellschaft, Konkurs über das Vermögen einer A. 69, 135, 139.
Alimente s. Unterhaltsansprüche.
Allgemeine Gütergemeinschaft, bei a. G. gehört das Gesamtgut zur Masse des über das Vermögen des Mannes eröffneten Konkurses 85, die a. G. wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ehegatten nicht beendigt 238.
Allgemeiner Gerichtsstand des Gemeinschuldners 37, der Gläubigerschaft 90 N. 2.
Altersversicherung 82.

Amtsverbände 61, 111.
Anfangstermin bei Forderungen s. betagte Forderungen.
Anerkenntnis des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 173.
Anerkennung von Aussonderungs-, Absonderungs- und Masseansprüchen 312.
Anfechtung der Abstimmung für den Zwangsvergleich wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Bedrohung 427, 428, A. der Zustimmung zu einem Einstellungsantrag wegen Irrtums etc. 455.
Anfechtung der Berechnung im Genossenschaftskonkurse 337.
Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Betrugs 446.
Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger 31, 35, 197 ff. Anfechtungsgesetze 199 f., räumliche Geltung 202, allgemeine Voraussetzungen 203 ff., Rechtshandlung 203 ff. Benachteiligung der Gläubiger 204 f., Zuwendung 205 f., besondere Voraussetzungen 207 ff., Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags 207 ff., Inkongruenz der Leistung 209 f., Kenntnis der Begünstigungsabsicht 211 f., Kenntnis der Benachteiligungsabsicht 212 ff., entgeltliche Verträge mit Verwandten 213, Freigebigkeit 214 ff., Zuwendung an den stillen Gesellschafter 216, A. gegenüber dem Rechtsnachfolger 216 ff., die A. erfolgt durch den Verwalter 218 ff., Anfechtungsrecht 219, Anfechtungsanspruch 220 ff., Rückgewähr 221 ff., Nutzungen 222, Verwendungen 222, Bereicherung als Gegenstand der Rückgewähr 223, Bereicherung der Konkursmasse 224, A. im Nachlafskonkurse 225, zur Anfechtbarkeit gehört keine unerlaubte Handlung 225 f., Anfechtungsfrist 227, die Anfechtbarkeit hört mit Beendigung des Konkurses auf 228 f., Schicksal des anhängigen Anfechtungsprozesses bei Beendigung des Konkurses 228 f.
Anfechtungsanspruch 220 ff., ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung 225 f.
Anfechtungsfrist 227.
Anfechtungsgesetze 31, 35, 199 ff.
Anhörung gewisser Personen vor der Konkurseröffnung 142, vor der Entscheidung über den Zwangsvergleich 427, der Gläubigerversammlung vor der Einstellung 463.
animus fraudandi 212 ff.
Anlegung von Geld 322.
Anmeldefrist 252, 456 f.
Anmeldung 253 ff., Erfordernisse 253, Form 252, Änderung 253, Wirkung 253, Zurücknahme 254.
Anmeldung im Aufgebotsverfahren 256.
Anmeldungsverfahren 251, 252 ff.
Annahme einer Erbschaft 78, eines Vermächtnisses 78.
Ansprüche des Erben im Nachlafskonkurse 41, 246, 251.
Anstalt des öffentlichen Rechts, Konkurs über das Vermögen einer A. 69, 235.
Anteil an dem Gesellschaftsvermögen als Massebestandteil 85.
Anteil an einer Erbschaft als Massebestandteil 85.
Antrag auf Einstellung des Konkursverfahrens 453 ff.
Antrag auf Konkurseröffnung 125 ff., Berechtigung dazu 125 ff., Verzicht auf das Antragsrecht 134, Zurücknahme des A. a. K. 134, Verpflichtung zum A. a. K. 135 ff.
Antrag auf Verwerfung des Zwangsvergleichs 429 ff.
Antrag auf Wiederaufnahme des Konkursverfahrens 448 ff.
Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung des Prüfungstermins 390 f.
Anweisung des Gemeinschuldners 174 N. 7, des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle 323 f.
Anzeigepflicht 286, 287.
Apotheker, Forderungen der A. 63.
Armenverbände 62 N. 11.
Armenrecht 116.
Arrest, offener 286.
Arrestverfahren nach italienischem Recht 7, nach altdeutschem Recht 10.
Arrestvollziehung 176.
Aufgebot der Nachlafsgläubiger 65, 127, 244, 256.
Aufgebotsverfahren, Anmeldung im A. 256, Kosten des A. 247.
Aufhebung der vorläufigen Sicherungsmafsregeln bei Abweisung des Antrags auf Konkurseröffnung 143. des Konkurseröffnungsbeschlusses 149.
Aufhebung des Konkursverfahrens nach Schlufsverteilung 382 ff., nach Zwangsvergleich 400 ff.
Auflagen, Ansprüche aus A. 40, 43, 65, 79, 130, 131, 252.
Auflösende Bedingung bei einer Konkursforderung 51, 350, 370, 377.
Auflösung von Gesellschaften und Genossenschaften 236, 237.

Aufnahme eines unterbrochenen Aktivprozesses über einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand 180, 182 f., eines unterbrochenen Passivprozesses über einen solchen Gegenstand 182, eines Prozesses über eine Konkursforderung 188, eines unterbrochenen Prozesses über eine Konkursforderung gegenüber einem Opponenten 271, gegenüber dem Gemeinschuldner 188, 395.
Aufnahme eines Darlehens durch den Verwalter bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 311.
Aufrechnung einer Konkursforderung 229 ff., mit betagter Forderung 231, mit bedingter Forderung 231, keine A. einer nach der Konkurseröffnung erworbenen Forderung 232 f., A. im Auslande 233, 234, einer zur Masse gehörenden Forderung durch den Konkursverwalter 234 N. 6, 316, einer konkursfreien Forderung des Gemeinschuldners 234, einer Konkursforderung gegen die Forderung der Genossenschaft auf Nachschufsleistung 330, A. nach einem Zwangsvergleiche 436 bis 438.
Aufschiebende Bedingung bei einer Konkursforderung 51, 168, 350 f., 352, 352 f., 357 ff., 364, 370, 377.
Aufsicht über den Konkursverwalter 160 f.
Auftrag des Gemeinschuldners erlischt durch die Konkurseröffnung 196 ff., 245.
Auftraggeber, Aussonderungsrecht des A. 93.
Aufzeichnung der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände 284.
Auseinandersetzung von Gemeinschaften, bei denen der Gemeinschuldner beteiligt ist 238 f.
Ausfallsforderung eines absonderungsberechtigten Konkursgläubigers 44, 168, 350, 352, 357 f., 368, eines Gesellschaftsgläubigers 44 f., eines Nachlafsgläubigers 46 f., 351, 352.
Ausfertigung, vollstreckbare, der tabellarischen Feststellung 390 f., 444.
Ausgeschlossene Forderungen 57, 64.
Ausgeschlossene Nachlafsgläubiger 65, 127, 427, 431 f., 439.
Aushändigung der Postsendungen und Telegramme 289 ff.
Auskunftserteilung von Seite des Gemeinschuldners 292 f.
Auslagen des Konkursverwalters 162, 243, der Mitglieder des Gläubigerausschusses 165, 243.
Ausland, Absonderung im A. 106; Aufrechnung im A. 233, Vermögen des Gemeinschuldners im A. 31, 88; Konkurseröffnung im A. 32, 146; Zwangsvergleich im A. 33.
Ausländische Gläubiger 59, 259.
Ausschlagung einer Erbschaft 79, 298, eines Vermächtnisses 79, 298.
Ausschliefsung von Gerichtspersonen 115.
Ausschlussfrist 352, 353.
Aussetzung einer Abschlagsverteilung wegen Zwangsvergleichsvorschlags 360 ff.
Aussonderung 35, 89 ff., Streitigkeiten über A. 90, 120, 281.
Aussonderungsanspruch 90, 120, 281, Anerkennung eines A. durch den Verwalter 312.
Ausstattung, Anfechtbarkeit 214.
Ausstattungsversprechen 58.
Aussteuer, Anfechtbarkeit 214.
Aussteuerversprechen 58.
Auszahlung der Konkursdividende 374 ff.
Auszug aus der Konkurstabelle 391, 392, 444.
Autorrecht s. Urheberrecht.

B.

Bankerutt, betrüglicher s. betrüglicher Bankerutt.
Barauslagen des Verwalters 162, der Mitglieder des Gläubigerausschusses 165.
Bedingte Konkursforderungen s. auflösende Bedingung und aufschiebende Bedingung bei einer Konkursforderung.
Bedingte Rechte als Bestandteile der Konkursmasse 78.
Beendigung des Konkursverfahrens 342 ff., Einfluss der B. auf anhängige Prozesse über die Aktivmasse 182 ff., auf anhängige Anfechtungsprozesse 228 f., auf anhängige Liquidationsprozesse 273.
Beerdigungskosten 40, 129, 246.
Befriedigung der bevorrechtigten Konkursgläubiger 367, der Massegläubiger 240, 241, 249, 461, 464.
Befristete Konkursforderungen s. betagte Konkursforderungen.
Begünstigung eines Gläubigers, Anfechtung 211 ff., beim Zwangsvergleich 421 ff.
Begünstigungsabsicht 211 ff.
Beistände 116.
Beitreibung der zur Konkursmasse gehörenden Forderungen 304.

Bekanntmachung, öffentliche, s. öffentliche Bekanntmachung.
Benachrichtigung des Gemeinschuldschuldners von gewissen Mafsregeln des Konkursverwalters 314.
Benachteiligung der Gläubiger s. Anfechtung.
Benachteiligungsabsicht 212 ff.
beneficium competentiae 387 N. 16.
beneficium separationis bonorum 101 N 1.
Bereicherung, ungerechtfertigte, als Gegenstand der Rückgewähr 223 f., der Konkursmasse ergiebt Masseansprüche 246.
Bereicherungsansprüche 91, 99 f., 240 f., 246, 369, 371, 375 f.
Bergungskosten, Absonderungsrecht 110
Berichterstattung des Konkursverwalters an die Gläubigersammlung 325 f.
Berichtigung der Tabelle 276 ff., des Teilungsverzeichnisses 353.
Berufsgenossenschaften 62 N. 11.
Berufung als Mittel zur Verfolgung des Widerspruchs gegen eine titulierte Forderung 274.
Berufung der Gläubigerversammlung 166.
Beschlagnahme unbeweglichen Vermögens im Wege der Zwangsvollstreckung 108, 179, von zoll- und steuerpflichtigen Gegenständen 111, der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände 152 f.
Beschlüsse des Konkursgerichts 120, 122.
Beschlufsfassung über nicht verwertbare Gegenstände 381 f.
Beschwerde, sofortige 118, 122 ff., 147, 148, 160, 171, 260, 290, 291, 296, 297, 298, 315, 356, 363, 368, 391, 432, 461, 464; weitere 123.
Besetzung des Vermögens nach altdeutschem Recht 11.
Besitz der Gläubigerschaft 283.
Besitzergreifung durch den Verwalter 119, 153, 282.
Besitzstörung 283.
Besondere Gerichte, Zuständigkeit für Feststellungsprozesse 272.
Bestätigung des Zwangsvergleichs 426 ff.
Bestellung eines Gläubigerausschusses 163 f.
Bestrittene Forderungen 267 ff., 352, 376.
Betagte Konkursforderungen 47, 376 f., Aufrechnung einer b. K. 221.
Betagte Rechte als Massebestandteile 78.
Betreibung der Feststellung einer bestrittenen Forderung 268 f.
Betrüglicher Bankerutt, Verurteilung wegen b. B. macht einen Zwangsvergleich unzulässig 416 ff., macht den in einem Zwangsvergleich gewährten Erlafs unwirksam 447 f., begründet den Antrag auf Wiederaufnahme des wegen Zwangsvergleichs aufgehobenen Konkursverfahrens 448 ff.
Betrug bei einem Zwangsvergleich 446 f.
Beweiserhebung 118.
Bevorrechtigte Gläubiger s. Vorzugsrechte.
Bevorzugung einzelner Gläubiger s. Begünstigung.
Bilanz 285.
Blankoaccept 55.
bonorum distractio 5.
bonorum proscriptio 4.
bonorum venditio 5.
Briefe, Aushändigung an den Konkursverwalter 289.
Büdnerrecht 92, 108.
Bürge 53, 56, 440.
Bufse 57, 82.

C.

Cessio bonorum 6, 8, 14, 387 N. 16.
concordat 20; vgl. a. Zwangsvergleich.
concordat par abandon 417 N. 3.
condictio s. Bereicherungsansprüche.
contradictor 260 N. 5.
contrat d'union 20, 157 N. 11.
curator bonorum 5.

D.

Darlehensaufnahme durch den Verwalter 314.
Debitverfahren 29 N. 8.
decretum de aperiundo concursu des früheren gemeinen Rechts 14.
Deichverbände 62 N. 11.
Dereliktion 206.
Deutsches Recht vor der Rezeption 10.
Dienstbarkeiten 82, 92.
Dienstbehörde 148.
Dienstprämie 82.
Dienstverträge 195, 196, 245.
Differenz 171.
Dingliche Rechte als Unterlage von Aussonderungsansprüchen 91, 92, als Unterlage von Absonderungsansprüchen 107 ff.
Discharge des englischen Rechts 33.
distractio bonorum 5.

Distributionsbescheid des früheren gemeinen Rechts 18.
Dividende s. Konkursdividende.
Dreifsigster 41, 80.
Droit de suite 94 N. 12.

E.

Eigenmacht, verbotene 283.
Ehefrau, Aussonderungsrecht 98 ff., als Erbin im Nachlafskonkurs 46, 47, 127, 142.
Ehegatten, Unterhaltsansprüche 49, Anfechtung von Rechtshandlungen gegenüber einem E. 213, 214.
Ehevertrag 58.
Eideszuschiebung 118.
Eigentum 92
Eingebrachtes Gut 87, 92 N. 8, 96.
Eingetragene Genossenschaft s. Genossenschaft.
Einkaufskommissionär, Aussonderungsrecht des E. 94 ff.
Einlage des stillen Gesellschafters 80.
Einleitungen, konkursmäfsige 29.
Einlösung eines Pfandstücks 102, 312.
Einrede der abgeurteilten Sache auf Grund der Feststellung im Konkurse 393 f.
Einrede der Rechtshängigkeit 187, 271.
Einspruch als Mittel zur Verfolgung des Widerspruchs gegen eine Anmeldung 274.
Einstellung des Konkursverfahrens 344 f., mit Zustimmung der Konkursgläubiger 453 ff., wegen ungenügender Konkursmasse 463 ff.
Einstweilige Verfügung 176, 177.
Eintragung in das Grundbuch 143, 148 ff., 152, 384, 433, 461, 464, in das Grundbuch oder das Schiffsregister 176, in das Handelsregister 148, 384, 433, 461, 464, in das Genossenschaftsregister 148, 384, 433, 461, 464, in die Konkurstabelle 266, 391.
Einwendungen gegen das Verteilungsverzeichnis 354 ff., 358, gegen das Schlufsverzeichnis 363 f., gegen die Vorschufs-, Nachschufs- und Zusatzberechnungen im Genossenschaftskonkurse 355 ff., gegen die Zwangsvollstreckung 185, 280.
Einzelangriff gegen die Genossen 398.
Einziehung 57.
Eisenbahn, Fahrbetriebsmittel 81.
Eisenbahnverkehr, internationales Übereinkommen über den E. 81, 82.
Elterliche Verwaltung des Vermögens des Kindes endigt mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Verwaltungsberechtigten 239.
Empfangsbedürftige Willenserklärung 172, 190.
Endurteil als Titel einer Konkursforderung 268, 274, 275.
Entgegennahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung 172.
Entgeltliche Verträge, Anfechtbarkeit 213.
Entlassung des Konkursverwalters 162.
Entnahme von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle 323.
Entscheidung über den Konkursantrag 144.
Entscheidungen des Konkursgerichts sind Beschlüsse 121.
Entsiegelung 291 f.
Entziehung des Besitzes 283.
Erbbaurecht 92, 108.
Erbe, Ansprüche des E. im Nachlafskonkurs 41.
Erbe, Konkurs über das Vermögen des Erben 47, 49, Befugnis des E., die Eröffnung des Nachlafskonkurses zu beantragen 126, 129 ff., Verpflichtung des E. dazu 135. Vgl. a. Ansprüche des Erben im Nachlafskonkurs und Nachlafskonkurs.
Erblasser, Anfechtung von Rechtshandlungen des E. im Nachlafskonkurse 216.
Erbpachtrecht 92, 108.
Erbschaft, angefallene, als Massebestandteil 79.
Erbschaftskäufer 75, Befugnis des E., den Nachlafskonkurs zu beantragen 129.
Erbvertrag 58.
Erfüllung einer Verbindlichkeit als anfechtbare Rechtshandlung 206.
Erlafs durch Zwangsvergleich 413, 443, 446, 447.
Ermittelungen 120.
Ermittelungsverfahren vor der Entscheidung über den Konkursantrag 142 ff., vor der Entscheidung über die Einstellung 458.
Eröffnung des Konkursverfahrens 124 ff., 146 ff., der Verfügung von Todeswegen, die Kosten der E. sind Masseansprüche 244.
Eröffnungsantrag, Kenntnis des E. als Anfechtungsgrund 207 ff.
Eröffnungsbeschlufs 146 ff., Wirkungen 151 bis 249.
Eröffnungsverfahren 124 ff.
Eröffnungszeit 146 f.
Errungenschaftsgemeinschaft 83, 85, wird durch die Eröffnung des Kon-

kurses über das Vermögen des Mannes beendigt 237.
Ersatzansprüche des Erben 129.
Erstehung eines Grundstücks bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 314.
Erwerb des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 78, 89.
exceptio litis pendentis, s. Einrede der Rechtshängigkeit.
exceptio rei iudicatae, s. Einrede der abgeurteilten Sache.

F.

Fahrnisgemeinschaft 83, 85, wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ehegatten nicht beendigt 238.
Fallimentsverfahren 29 N. 8.
Familie des Gemeinschuldners, Unterstützung der F. 244, 377 ff.
Familienfideikommisse 81, 92, 113.
Familienrat 239.
Festgestellte Forderung 248, 265.
Feststellung im Konkursverfahren, Wirkung der F. i. K. nach Aufhebung des Konkursverfahrens 389 ff., 435 ff.
Feststellungsklage 269, 271, 349, 352.
Feststellungsverfahren 251, 267 ff.
Feuerversicherungsanstalten 62.
Fiduziarische Übertragung berechtigt nicht zur Aussonderung 94 N. 10.
Firma 86 N. 12.
Fiskus, Forderungen des F. wegen öffentlicher Abgaben 61 f., Konkurs über das Vermögen eines F. 60.
Fixgeschäft, Wirkung der Konkurseröffnung auf ein F. 191.
Flucht des Gemeinschuldners 415.
Forderung, betagte, s. betagte Forderungen; bedingte, s. auflösend bedingte Forderungen und aufschiebend bedingte Forderungen; streitige 267 ff., untitulierte 268 ff., titulierte 273 ff.
Formel des Eröffnungsbeschlusses 147.
Fortführung des Geschäfts 311, 320 ff.
Fortgesetzte Gütergemeinschaft 79, 85. Vgl. a. Gesamtgut, Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft.
Frachtbrief 94 N. 17.
Frachtführer, Pfandrecht 109.
Französisches Konkursprozefsrecht 10, Anfechtungsrecht 200 N. 2.
Freigebigkeit, Forderungen aus Fr. sind vom Konkurs ausgeschlossen 58, nicht im Nachlafskonkurse 64, als Anfechtungsgrund 214 ff.
Freihändiger Verkauf eines unbeweglichen Gegenstandes 313 N. 14.
Frist zur Anfechtung 227, für den allgemeinen Prüfungstermin 252, für den Schlufstermin 363, für den Vergleichstermin 419, zu Anträgen auf Änderung des Teilungsverzeichnisses 352, zu Einwendungen gegen das Teilungsverzeichnis 358, zum Widerspruche gegen den Einstellungsantrag 458 ff.
Fürstliche Familie Hohenzollern 30.

G.

Gantverfahren 29 N. 8.
Gantschuldner s. Gemeinschuldner.
Gastwirt, Absonderungsrecht 109.
Gebrauchsmuster 86 N. 12.
Gebrödete Leute 61 N. 5.
Gebühren des Konkursverwalters 162, 243, der Mitglieder des Gläubigerausschusses 165, 243.
Gebührenansprüche, Vorzugsrecht 61, 62 N. 8.
Gegenseitige Verträge, 172, Wirkung der Konkurseröffnung auf g. V. 189 ff.
Gegenvormund, der Gemeinschuldner soll nicht zum G. ernannt werden 239.
Gehaltsforderung als Massebestandteil 78.
Geld, Hinterlegung 322, Entnahme 323 f.
Geldanlage 322.
Geldrente 48. 108.
Geldstrafen 57, 59, 64.
Gelegenheitsgeschenke, nicht anfechtbar 214.
Gemeindeabgaben 61.
Gemeindegerichte 272 N. 10.
Gemeinschaft, Auseinandersetzung 238, 239.
Gemeinschaft zur gesamten Hand, Konkurs über das Vermögen einer G. z. g. H. 42, 45, 70, 74, 75, 132, 396.
Gemeinschaftsforderungen, Absonderungsrecht 112 ff.
Gemeinschaftsverbindlichkeiten 112, 245.
Gemeinschuldner 67 ff., Widerspruch des G. gegen eine angemeldete Forderung 264, Auskunftspflicht 292 ff., Offenbarungseid 293 ff., Aufenthaltspflicht 295, Verhaftung 296 ff., Vorführung 296 ff., Mitteilung von gewissen Mafsregeln an den G. 314.
Gemeinschuldordnung 23.
Generalarrest nach italienischem Recht 7, nach altdeutschem Recht 11.
Genehmigung der Gläubigerversammlung 311 ff., des Gläubigerausschusses 311 ff., 347, der Schlufsverteilung 362 f.

Genossenschaft, Konkurs über das Vermögen einer G. 69, 136, 139, 236, 326 ff., 334, 335, 373 f., 378 f., 398, 399, 409, 410, 438 f., 443, 462, 464.
Genossenschaftsregister, Eintragung der Konkurseröffnung 148.
Gerichtsstand, allgemeiner 115.
Gerichtskosten 55, 242.
Gesamtgläubiger 127 ff.
Gesamtgut, Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 42 f., 47, 59, 64, 75. 77, 102, 133 f., 140, 142, 177, 216, 225, 248, 257, 300, 351, 352, 378. 398, 411, 412 f., 427, 431, 432, 443, 444, G. gehört zur Masse im Konkurs über das Vermögen des Mannes oder des überlebenden Ehegatten 42, Konkurs über das G. nach Beendigung der Gemeinschaft 71 N. 10, 140.
Gesamtgutsgläubiger 42, 46, 59, 133, 351.
Gesamtgutsverbindlichkeiten 42, 46, 133, 351.
Gesamtnachfolger, Anfechtung gegenüber dem G. 216.
Gesamtschuldner 53, 56, 440.
Geschäft des Gemeinschuldners, Veräufserung im Ganzen 313, Schliessung oder Fortführung 300 f.
Geschäftsbücher des Gemeinschuldners gehören zur Konkursmasse, Schliefsung 292, Veräufserung 300.
Geschäftsführende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 236.
Geschichte des Konkursprozesses 4.
Gesellschafter, persönlich haftende 44 f., 377 f.
Gesellschaft mit beschränkter Haftung 69, 137, 236; nach den Vorschriften des B.G.B., Konkursfähigkeit 71, 72, Auflösung 236.
Gesellschaft, stille 80.
Gesellschaftsgläubiger 44 f., 377 f.
Gesellschaftsvertrag 236.
Gesellschaftsvermögen, Anteil an dem G. 85.
Gesetzliche Pfandrechte 109.
Gesetzliche Vermögensverwaltung, Forderungen aus einer g. V. 63.
Gewerbegericht 272 N. 10.
Gewerbekammern 62 N. 11.
Gewerbliche Niederlassung 37, 74.
Gewerkschaft 245 N. 1.
Gläubiger s. Konkursgläubiger.
Gläubigerausschufs, Bestellung 163, Wahl der Mitglieder 163, 164, Rechte und Pflichten des G. 165, Beschlufsfassung 164, Rechte und Pflichten der Mitglieder 165, Auslagen 165, Gebühren 165, Widerruf der Ernennung 165 f., Beteiligung bei der Verwaltung der Konkursmasse 311 ff., Genehmigung einer Abschlagserteilung 347.
Gläubigergemeinschaft s. Gläubigerschaft.
Gläubigermehrheit 140 f.
Gläubigerschaft 151, Rechtsfähigkeit 155, Handlungsfähigkeit 156, Organisation 157, Verbindlichkeiten 240 ff., Fortbestand bei Aufhebung des Konkurses nach Schlufsverteilung 386, ist Kontrahent bei dem Zwangsvergleich 343, 400.
Gläubigerversammlung 166 ff., Berufung 166, Verhandlung in der Gl. 167, Berechtigung zur Teilnahme 167, Stimmrecht 167 f., Zählung der Stimmen 169, Berechnung der Mehrheit 169, Gegenstände der Beschlufsfassung 166, 170, Tagesordnung 166, 170, Untersagung der Ausführung eines Beschlusses 171, Auskunftserteilung an die Gl. 292, Beteiligung der Gl. bei der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse 311 ff.
Glaubhaftmachung 118.
Grundbuch, Erwerb auf Grund des Gr. 173 ff., 175. Vgl. auch Eintragung in das Grundbuch.
Grundschuld 108, 440.
Grundstück, Erstehung eines G. bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 314.
Gütergemeinschaft s. Gesamtgut.
Güterstand der Verwaltung und Nutznieſsung 83, 92 N. 8.
Guter Glaube bei einem Rechtserwerbe nach der Konkurseröffnung 173 ff.
Gutsbewirtschaftung 74.

H.

Häuslerrecht 92, 108.
Haverei, Absonderungsrecht 110.
Haft des Gemeinschuldners 143, 296 f., 297 N. 36, 298.
Haftung, persönliche 40 ff.
Handelsbücher s. Geschäftsbücher.
Handelsgesellschaft, offene, Konkurs über das Vermögen einer o. H. 44 f., 70, 236, 377 f., 441 ff.
Handelsregister, Eintragung der Konkurseröffnung 148, der Aufhebung des Konkursverfahrens 384, 433, der Einstellung des Konkursverfahrens 460, 464.
Haushaltungsgegenstände 81, 99.
Hebammen, Forderungen d. H. 63.

Hingabe an Zahlungsstatt 206, 213.
Hinterleger, Aussonderungsrecht des H. 93.
Hinterlegte Sachen können nicht zurückgenommen werden, wenn die Hinterlegung nach §§ 372 bis 375 B.G.B. erfolgt ist 83, 239.
Hinterlegung nach §§ 372 bis 375 B.G.B. 83, 239, von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten 322, der bei der Vorschufsberechnung eingezogenen Beträge im Genossenschaftskonkurse 340, von Konkursdividende 380 f.
Hinterlegungsstelle 322 f.
Höhere Gewalt 390.
Hülfskassen, öffentliche 62 N. 11.
Hypothek 108, 440.

I.

Immaterialgüterrechte 86.
Inkongruente Leistung, Anfechtbarkeit 209 f., 211.
Inländisches Vermögen, Konkurs über das i. V. 74, 146.
Innung, Forderungen einer I. 62 N. 11, Konkurs über das Vermögen einer I. 69, 235.
Innungsausschufs, Konkurs über das Vermögen eines I. 69, 235.
Innungsverband, Konkurs über das Vermögen eines I. 69, 235.
Inquisitorisches Verfahren des früheren gemeinen Rechts 14, im modernen Konkursprozesse 120.
Insolvenz 139.
Insuffizienz des Vermögens 138.
interdictum fraudatorium 199 N. 1.
interusurium 47.
Invaliditätsversicherung 82.
Inventar über die Konkursmasse 285.
Inventarerrichtung, Kosten der vor dem Konkurs erfolgten I. 247.
Istmasse 282 N. 4.
Italienisches Recht 7.
Juristische Person, Konkurs über das Vermögen einer j. P. 69, 75, 132, 139, 235, 299, 395 f., 410.

K.

Kammern für Handelssachen 270 N. 5.
Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags 207 ff., der Begünstigungsabsicht 211 f., der Benachteiligungsabsicht 212 ff.
Kinder, Ansprüche aus der Verwaltung ihres Vermögens 63.
Kirchen 62.
Klagbarkeit der Forderungen 39.
Klage eines Konkursgläubigers gegen den Gemeinschuldner während des Konkurses 186.
Klaglose Forderungen 39.
Kodifikation des deutschen Konkursprozefsrechts 23.
Körperschaft des öffentlichen Rechts, Konkurs über das Vermögen einer K. 69, 235.
Kommanditgesellschaft, Konkurs über das Vermögen einer K. 44 f., 71, 136, 236, 378, 441 f.; Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters 44 f., 236, 377 f.
Kommanditgesellschaft auf Aktien, Konkurs über das Vermögen einer K. a. A. 44 f., 70 f., 136, 236, 378, 441 f.; Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters 44 f., 236, 377 f.
Kommissionär, Aussonderungsrecht des K. 94, Pfand- und Absonderungsrecht 110.
Kommissionsgut, Aussonderuug 93, Absonderung 110.
Kommittent, Aussonderungsrecht des K. 93.
Kompensation s. Aufrechnung.
Konkordat s. Zwangsvergleich.
Konkurrenz von Personen- und Sachhaftung 43.
Konkurrierender Gläubiger, Widerspruch eines k. Gl. gegen eine angemeldete Forderung 262 ff.
Konkurseröffnung s. Eröffnung des Konkurses.
Konkursdividende, Auszahlung 374 ff., Zurückbehaltung 376 ff., Hinterlegung 380 f.
Konkursforderungen 38 ff.
Konkursfreies Vermögen 88, 89.
Konkursgericht 37 f.
Konkursgläubiger 38 ff.
Konkursgrund 138, 144.
Konkursmäfsige Zwangsvollstreckung 3, 185.
Konkursmasse 76 ff., Konstituierung 279 ff., Verwaltung der K. 282 ff., Inventarisierung 285 f., Verwertung 300 ff.
Konkurstabelle 254 f., 385 ff., 389 f., 392 ff., 443 f.
Konkursverwalter 157 ff., Ernennung 158, mehrere K. 158, Specialverwalter 158 f., Fähigkeit, zum K. ernannt zu werden 159, keine Pflicht zur Übernahme einer Konkursverwaltung 160, Bekanntmachung der Ernennung 160, Sicherheitsleistung 160, 162, Aufsicht

über den K. 160, Ordnungsstrafen 160, Rechnungslegung 160, Anspruch auf Auslagen und Gebühren 162, 243, Entlassung 162, Anfechtungsrecht des K. 218 ff., Befugnis des K. zur Bestreitung von angemeldeten Forderungen 261, Befugnisse des K. nach Aufhebung des Konkurses 386.
Konossement 94 N. 17.
Konstituierung der Konkursmasse 278 ff.
Konventionalstrafe 84.
Korporation s. juristische Person.
Kostbarkeiten, Hinterlegung 322, Entnahme 323 f.
Kosten durch Beteiligung am Konkursverfahren 57, 388.
Kostgeld 60.
Krankenkassen, Forderungen der Kr. 61.
Krankenpfleger, Forderungen der Kr. 63.
Krankenversicherung 61, 82.
Kreisverbände, Forderungen der Kr. 61.
Kridar s. Gemeinschuldner.

L.

Ladeschein 94 N. 17.
Lagerhalter, Pfand- und Absonderungsrecht 110.
Landesgesetzliche Vorschriften über Konkurs 29, 36.
Landesherrliche Familien 30.
Landesjustizverwaltung, Anordnung der L. über die dem Verwalter und den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu gewährende Vergütung 162, 165.
Landwirtschaftskammern 62 N. 11.
Laufende Beträge wiederkehrender Leistungen 305, 306 N. 14.
Lehen 81, 92, 113.
Leibgeding 58.
Leibrente 48, 78, 313 N. 16.
Lidlohn 61 N. 5.
Liquidation s. Anmeldung.
Liquidationsprozefs 369 f.
Liquidationsverfahren des früheren gemeinen Rechts 15; vgl. a. Anmeldungsverfahren.
Litteratur des früheren gemeinen Konkursprozefsrechts 13 N. 1, des modernen Konkursprozefsrechts 27, des modernen Anfechtungsrechts 201 N. 3.
Lizenzrecht 93.
Lizenzverträge 86 N. 12, 93.
Lohnforderungen 60.

M.

Magister bonorum vendendorum 5.
Mahnverfahren 269 N. 3.
Markt- oder Börsenpreis 191.
Masseansprüche 240 ff., Geltendmachung 241 f., Sicherstellung 241 f., Massekosten 242 ff., Masseschulden 244 ff., im Nachlafskonkurse 246 ff., Rangordnung 249, Anerkennung eines M. bedarf der Genehmigung der Gläubigerausschusses 312, Berichtigung 240, 241, 249, 433, 461, 464.
Massegläubiger s. Masseansprüche.
Massekosten 242 ff.
Masseschulden 244 ff.
Mehrheit von Gläubigern 140 f.
Mietvertrag, Einfluſs der Konkurseröffnung auf einen M. 192 ff.
Mietzins als Masseschuld 245.
Mindestgebot 305 f.
missio in bona im römischen Recht 4, im italienischen Recht 8.
Miteigentum 92.
Mitglied des Familienrats, der Gemeinschuldner soll nicht zum M. d. F. bestellt werden 239.
Mitschuldner s. Gesamtschuldner.
Mitteilungen 124.
Mittelbarer Besitz 283.
Mitunterschrift eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses 323 ff.
Modelle, Recht an M. 86 N. 12.
Mündel, Ansprüche des M. gegen den Vormund 63.
Mündliche Verhandlung 116.

N.

Nacherbe 75, 84, 299.
Nachlafsgläubiger 40, 44 ff., 49, 64 ff, 129, 348, 351, 352, Befugnis der N. zum Antrag auf Eröffnung des Nachlafskonkurses 126.
Nachlafskonkurs, Zuständigkeit 38, Konkursforderungen 40, 49, Ansprüche des Erben 41, Rangordnung der Gläubiger im N. 64 ff., 263, 348, 367, Zusammentreffen von N. und Erbenkonkurs 47, 351, 378, Zulässigkeit des N. 68, Gemeinschuldner 74, 298, Konkursmasse 77, Befugnis zum Antrag auf N. 126 ff., Verpflichtung zum Antrag auf Eröffnung des N. 137, Konkursgrund 140, Anhörung der Miterben 146, Vormerkung 177, Anfechtung im N. 215, 225, Masseschulden 246 ff., Anmeldung zum Aufgebotsverfahren gilt als Anmeldung zum N. 256 ff., Wirkung der Feststellung im N. gegenüber dem Erben

390 f., Zwangsvergleich im N. 411, 412, 423 f., 427, 431 f., 439 f., 444.
Nachlafspfleger 247, 307.
Nachlafsverbindlichkeiten s. Nachlafsgläubiger.
Nachlafsvergleich 413.
Nachlafsverwalter 126, 247 N. 23.
Nachlafsverwaltung 138, 247 N. 23, 307 N. 18.
Nachschufsberechnung im Konkurs über das Vermögen einer Genossenschaft 333 ff., 373 ff.
Nachschufspflicht der Genossen 328 ff.
Nachtragsverteilungen 346, 369 ff.
Nachzahlungen an Nachzügler 364 ff.
Nachzügler 364 ff.
Natürliche Verbindlichkeiten 39; nach einem Erlafs durch Zwangsvergleich 443.
Naturereignis 390.
Nebenintervention im Feststellungsprozesse 272, 275, im Anfechtungsprozefs im Genossenschaftskonkurse 338.
Nichtigkeitsklage gegen eine Feststellung 267, zur Verfolgung des Widerspruchs gegen eine titulierte Forderung 274.
Niederlassung, gewerbliche 37, 74.
Niederlegung des Verteilungsverzeichnisses 351 f., des Zwangsvergleichsvorschlags 419, des Einstellungsantrags 458.
Niefsbrauch des Mannes an dem Vermögen der Ehefrau 83.
Niefsbrauch als Massebestandteil 78.
Notdürftiger Unterhalt des Gemeinschuldners 319.
Notweg 48, 108, 319.
Nutznielsung am Vermögen der Frau 83, der Kinder 84.

O.

Obligatio naturalis s. natürliche Verbindlichkeit.
Öffentliche Abgaben 61.
Öffentliche Bekanntmachung, allgemeines 124, der Konkurseröffnung 147 f., der Ernennung des Konkursverwalters 160, der Berufung der Gläubigerversammlung 166, der Tagesordnung 166, der Anmeldefrist 252, des Prüfungstermins 258, der Niederlegung eines Teilungsverzeichnisses etc. 351, des Schlufstermins 363, der Aufhebung des Konkursverfahrens nach dem Schlufstermin 384, des Vergleichstermins 420, der Aufhebung des Konkursverfahrens auf Grund eines Zwangsvergleichs 433, der Wiederaufnahme des Verfahrens 450, des Einstellungsantrags 458, der Einstellung des Verfahrens 461, 464.
Offenbarungseid des Gemeinschuldners 118, 119, 292 ff., 416, 463.
Offene Handelsgesellschaft, Konkurs über das Vermögen einer o. H. 44 f., 71, 136, 142, 236, 377 f., 441 f., Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters 236.
Offener Arrest 286.
Offizialmaxime 120.
Opposition s. Widerspruch.
Ordnungsstrafen gegen den Konkursverwalter 160.
Organe der Gläubigerschaft 157 ff., nach der Aufhebung des Verfahrens 386, einer juristischen Person oder einer Gemeinschaft 75, 197.

P.

Pachtvertrag, Einflufs der Konkurseröffnung auf einen P. 192 ff., 244.
Parteifähigkeit 115.
participatio fraudis 198 N. 1.
Partikulargesetze über Konkursprozefs 13 N. 2, 21, über Anfechtungs- 201 N. 3.
Partikularkonkurs 73.
Patentrecht 86 N. 12.
Persönliche Dienstbarkeiten 82.
Personenhaftung 40, 43.
Pfändungspfandrecht 110.
Pfandrecht der Konkursgläubiger an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen 151 ff., Aufhebung 385, 434.
Pfandrecht als Unterlage von Absonderungsrechten 109, durch Rechtsgeschäft bestellte 109, gesetzliche 109 f., aus Pfändung 110 f.
Pfandverkauf 308.
Pflegekosten 63.
Pflegebefohlene 63.
Pflicht zum Antrag auf Konkurseröffnung 135 ff.
Pflichtteilsanspruch 40, 43, 65, 82, 129, 130.
Postanstalten 289 ff.
Postsendungen 289 ff.
Präliminarverfahren des früheren gemeinen Rechts 14. Vgl. a. Ermittelungsverfahren.
Prioritätsverfahren des früheren gemeinen Rechts 16.
Privilegia causae — personae 66 N. 21.
Privilegierte Gläubiger s. bevorrechtigte Gläubiger.

Privilegium s. Vorzugsrecht.
Provinzialverbände, Forderungen der P. 61.
Prozentsatz bei einer Abschlagsverteilung 358 f.
Prozefs, Anhängigmachen eines Pr. durch den Verwalter 311.
Prozefsakten 117.
Prozefsbevollmächtigte 115.
Prozefsfähigkeit 115.
Prozefskosten, Erstattungsansprüche 54, 55, 57, 116.
Prozefsunfähigkeit des Gemeinschuldners 77, 298.
Prüfungstermin, allgemeiner 258, besonderer 252, Verhandlungen im Pr. 259, Wiedereinsetzung gegen die Versäumung des Pr. 390 f.
Prüfungsverfahren 251, 258 ff.

Q.

Quittungen 323 ff.

R.

Räumliche Geltung des deutschen Konkursprozefsrechts 30 f., 35, 106, 202 ff., 233.
Rangordnung der Konkursgläubiger 60 ff., im Nachlafskonkurse 64 ff., der Masseansprüche 249.
Reallasten 48, 108.
Rechnungsfehler 117, 266.
Rechnungslegung des Konkursverwalters 161, 326, 381, 433, 461, 464.
Recht auf wiederkehrende Leistungen 48 bis 50, 313.
Rechtshängigkeit, Einrede 117, 187, 271.
Rechtshandlungen, Begriff der R. 172, 203, Anfechtbarkeit wegen Benachteiligung der Gläubiger 203 ff.
Rechtskraft, formelle, der Entscheidungen des Konkursgerichts 123, materielle, der Feststellungen 268, 392 ff., 443 f., der Urteile im Feststellungsprozesse 276 ff., 392 bis 400, 443 f.
Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Konkursgerichts 118.
Rechtsnachfolger, Anfechtung gegenüber dem R. 216 ff.
Rechtsschutzansprüche der Konkursgläubiger 184 ff., Rechtsschutz durch Feststellung 185, Rechtsschutz durch Zwangsvollstreckung 185 f.
Rechtsstreitigkeiten, Unterbrechung durch die Konkurseröffnung 179.
Reederei, Konkurs über das Vermögen einer R. 72.
Regrefsansprüche als Konkursforderungen 52, 53.
Reichsgesetzliche Vorschriften über Konkurs aufserhalb der K. O. 27, 28.
Relative Unwirksamkeit d. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 155, 171 ff.
Relative Veräufserungsverbote, Einflufs der Konkurseröffnung auf r. V. 177.
Rentenschuld 108, 440.
Resolutivbedingung s. auflösende Bedingung.
restitutio in integrum s. Wiedereinsetzung.
Restitutionsklage gegen Feststellungen 267, als Mittel zur Verfolgung des Widerspruchs gegen eine titulierte Forderung 274.
Retorsion 59.
Revision als Mittel zur Verfolgung eines Widerspruchs gegen eine titulierte Forderung 274.
Richterlicher Eid 118.
Right of stoppage 94 N. 12.
Römisches Recht 4.
Rollendes Material der Eisenbahnen 81.
Rückgewähr zur Konkursmasse 221 ff.
Rückständige Beträge wiederkehrender Leistungen 305, 306 N. 14.
Rücktritt von Miet- und Pachtverträgen 193.

S.

Sachhaftung 40, 43, 107 ff., 151.
Sachverständige 118, 284.
Schenkung 58, Anspruch des Schenkers auf Herausgabe des Geschenks 82, Anfechtbarkeit einer Sch. 214.
Schiedsvertrag 269 N. 3, Schliefsung eines Sch. bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 312.
Schiffe, Absonderungsrecht an Sch. 108 f.
Schiffsgläubiger, Pfand- und Absonderungsrecht 110.
Schiffsregister 108 f., 175, 176.
Schliefsung der Geschäftsbücher 292, des Geschäfts 320 ff.
Schlufsrechnung des Verwalters 161, 326, 381, 433, 461, 464.
Schlufstermin 161, 363 f., 381, 382.
Schlufsverteilung 333, 345, 346 ff., 362 ff., 372 ff.
Schlufsverzeichnis 331, 363, 372, 373.
Schreibfehler 117, 266.

Schuldenfeststellungsverfahren 250 ff.
Schuldurkunde 266.
Schulen und Schulverbände 62, 62 N. 11.
separatio bonorum 101 N. 1.
separatio ex iure crediti 100 N. 1.
separatio ex iure dominii 89 N. 1.
Sequestration 143.
Sicherheitsleistung 116, 120 f., durch den Konkursverwalter 160, 162, durch den Gemeinschuldner bei Zwangsvergleich 414, 433.
Sicherheitsmafsregeln im Ermittelungsverfahren 143, vor Wiederaufnahme des wegen Zwangsvergleichs aufgehobenen Verfahrens 450.
Sicherstellung der Aufrechnung einer bedingten Konkursforderung 231.
Siegelung 291 f.
Sofortige Beschwerde 118, 122 ff.
Sollmasse 282 N. 4.
Sondernachfolger, Anfechtung gegenüber dem S. 217 f.
Spediteur, Pfand- und Absonderungsrecht 110.
Specialverwalter 159.
Staat, Konkurs über das Vermögen eines St. 70.
Staatskasse, Forderungen 61.
Staatsverträge über die Zugehörigkeit zur Konkursmasse 33.
Stammgüter 81, 92, 113.
Steuern 61.
Stiftung, Anfechtbarkeit einer St. 214, Konkurs über das Vermögen einer St. 69, 135, 235, 385, 395, 410.
Stiller Gesellschafter 216.
Stimmrecht in der Gläubigerversammlung 52, 167 f., über einen Vergleichsvorschlag 423 ff.
Stockwerkseigentum 92.
Streitgenossenschaft 115, 269, 275, 338.
Streitige Forderungen 267 ff.
Stunde der Konkurseröffnung 147.
Stundungsvergleich 413.
Suspensivbedingung s. aufschiebende Bedingung.

T.

Tabelle der angemeldeten Forderungen 254 f., 266, 391, 392, 444.
Telegramme 289 ff.
Testamentseröffnung, Kosten 246 f.
Testamentsvollstrecker 126, 142, 247, 307.
Titulierte Forderung 268, 273 ff., 349 ff.
Tod des Gemeinschuldners 69.
Todeserklärung, Kosten 247.
Tratten des Gemeinschuldners 174 N. 7.

U.

Überbau 48, 108.
Übereinkommen, internationales, über den Eisenbahnverkehr 81.
Übernahme einer fremden Verbindlichkeit bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 314.
Überschuldung als Konkursgrund 136, 138.
Umlageverfahren im Genossenschaftskonkurse 326 ff., 378 ff.
Unbewegliches Vermögen, Absonderung 108 f., Veräufserung 305 ff.
Uneheliche Kinder, Unterhaltsansprüche 49.
Unentgeltliche Zuwendung 58, Anfechtbarkeit 214, 217.
Ungenügende Konkursmasse, Ablehnung der Konkurseröffnung wegen u. K. 141, Ablehnung der Wiederaufnahme wegen u. K. 450, Einstellung wegen u. K. 463 ff.
Ungerechtfertigte Bereicherung s. Bereicherung und Bereicherungsansprüche.
Unfallversicherung 82.
Unmittelbarer Besitz 283.
Unterbrechung anhängiger Prozesse 179 ff., 188, Beendigung der U. 386, 434, der Verjährung als Wirkung der Anmeldung zum Konkurse 253 f., der Verjährung, Beendigung 386, 434.
Unterhalt der Mutter des zu erwartenden Erben 40, des Ehegatten 49, der Verwandten 49, des unehelichen Kindes 49, des Gemeinschuldners 317 ff.
Unterhaltsansprüche 40, 49, 50.
Untersagung der Ausführung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung 171.
Unterstützung des Gemeinschuldners 244, 317 ff.
Unübertragbare Forderungen und Rechte 81.
Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 155, 171 ff.
Urheberrecht als Bestandteil der Konkursmasse 86 N. 12.
Urkunden und Wechselprozefs 269 N. 3.
Urkundsperson 284, 285.
Urteilswirkung s. Rechtskraft.

V.

Veräufserung einer Forderung, des Rechts auf wiederkehrende Leistungen des Geschäfts oder Warenlagers im Ganzen bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 312, 313.
Veräufserungsverbot, Eintragung in das Grundbuch 133, Einfluſs der Konkurseröffnung auf ein V. 177 ff.
Verbot der Auseinandersetzung ist im Konkurse wirkungslos 238.
Vereine s. juristische Personen.
Vereinsregister, Eintragung der Konkurseröffnung 148, der Aufhebung des Konkursverfahrens 384, 433, der Einstellung des Konkursverfahrens 460, 464.
Verfallserklärung im Strafverfahren 57.
Verfolgungsrecht 94 N. 12.
Verfügung, einstweilige, s. einstweilige Verfügung.
Vergleich, Schliefsung eines V. durch den Konkursverwalter bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 312.
Vergleichstermin 419 ff.
Vergleichsvorschlag 360, 412 ff.
Verhaftung s. Haft.
Verjährung wird durch die Anmeldung zum Konkurs unterbrochen 253 f.; vgl. a. 386, 434.
Verkäufer, Aussonderungsrecht 94 ff.
Verkauf der Erbschaft 299, von Gegenständen vor dem allgemeinen Prüfungstermine 311.
Verlagsrecht 86 N. 12.
Verleiher, Aussonderungsrecht des V. 93.
Vermächtnis als Massebestandteil 79.
Vermächtnisansprüche 40, 43, 53, 65, 79, 130, 131.
Vermächtnisnehmer, Antragsrecht 127.
Vermieter, Aussonderungsrecht des V. 93, Pfand- und Absonderungsrecht des V. 109.
Vermögen des Gemeinschuldners 76.
Vermögensanspruch 39.
Vermögensverwaltung 63.
Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen 120.
Verpächter, Aussonderungsrecht des V. 93, Pfand- und Absonderungsrecht des V. 109.
Verpfänder, Aussonderungsrecht des V. 93.
Verpfändung eines zur Konkursmasse gehörenden Gegenstandes durch den Konkursverwalter 314.
Versicherung an Eidesstatt 118.
Versicherungsverträge 78 N. 2.
Verstümmelungszulagen 82.
Verteilung 342, 345 ff.
Verteilungsverfahren des früheren gemeinen Rechts 18, des modernen Rechts 345 ff.
Verteilungsverzeichnis 347 f., Einwendungen gegen das V. 354 ff.
Verträge, gegenseitige, Wirkung der Konkurseröffnung auf g. V. 189 ff., entgeltliche, Anfechtbarkeit 213.
Verträge zu Gunsten eines Dritten, Anfechtbarkeit 214.
Vertragsstrafe 54.
Verwalter s. Konkursverwalter.
Verwaltung der Konkursmasse 279 ff.
Verwaltung und Nutznieſsung des Mannes am eingebrachten Gute 92 N. 8, 237.
Verwaltungsbehörde, Zuständigkeit für den Feststellungsprozefs 272.
Verwaltungskosten 243.
Verwendungen des Erben auf den Nachlafs 41, Absonderungsrecht wegen V. 111.
Verwertung des Zwangsvergleichs 428 ff.
Verwertung der Konkursmasse 279 ff., 282 ff., 300 ff., im Wege der Zwangsvollstreckung 304, 308 ff.
Verzeichnis der Gläubiger 146, der Schuldner, bezüglich deren die Konkurseröffnung wegen ungenügender Masse abgelehnt worden ist 141, der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände 284. Vgl. a. Teilungsverzeichnis.
Verzicht auf abgesonderte Befriedigung 44, 350, 363, 436, auf Beteiligung am Gesellschaftskonkurse 45, 352, auf Beteiligung am Nachlafskonkurse 46, 351, 352, auf die Befugnis, Konkurs zu beantragen 134, auf das Pfandrecht an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen 343, 400, 434, 453 f.
Veto des Gerichts gegen die Ausführung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung 171.
vindicatio 89 N. 1.
Vollmacht des Gemeinschuldners erlischt durch die Konkurseröffnung 196 f.
Vollstreckbare Ausfertigung der tabellarischen Feststellung 390 f., 444.
Vollstreckbarkeitserklärung der Vorschufs-, Nachschufs- und Zusatzberechnungen im Genossenschaftskonkurse 335 f.
Vollstreckungsbefehl als Titel einer Konkursforderung 268, 274, 275.

Vollstreckungsklausel 268, 274, 275, zur Ausfertigung von Auszügen aus der Konkurstabelle 390 ff., 444.
Vollzug der Verteilung 374 ff.
Voraus des überlebenden Ehegatten 40, 80.
Vorausklage, Einrede der V. 239, 443 f., 445.
Vorbehaltsgut 87.
Vorerbe 84, 301 ff.
Vorführung, zwangsweise, des Schuldners 143, des Gemeinschuldners 296 f.
Vorkaufsrecht 92.
Vormerkung im Grundbuch oder im Schiffsregister 176 f.
Vormund, der Gemeinschuldner soll nicht zum V. bestellt werden 239, Entlassung des V. wegen Konkurseröffnung 240.
Vorrecht s. Vorzugsrecht.
Vorschuß für die Kosten des Konkursverfahrens 141, 242 N. 7, 450, 463.
Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 332 f.
Vorsorgliches Zwangsverfahren nach altdeutschem Recht 10.
Vorzeigepflicht des absonderungsberechtigten Besitzers 289.
Vorzugsrechte 35, 60 ff., 66, Anmeldung 253, 257, Bestreitung 260, 262, Feststellung 265, 268.

W.

Warenlager, Veräußerung im ganzen bedarf der Genehmigung des Gläubigerausschusses 313.
Warenzeichen 86 N. 12.
Wechsel mit Blankoaccept 55, mit Prokuraindossament, Aussonderung 93 N. 10.
Wechselzahlungen, Anfechtbarkeit von W. 208.
Weitere Beschwerde 123 f.
Werkvertrag 196, 245.
Wertpapiere, Hinterlegung 322 ff.
Widerspruch gegen ein Stimmrecht 168, gegen angemeldete Forderungen und Vorrechte 259 ff., des Gemeinschuldners gegen angemeldete Forderungen 265, 388, 390, 443, gegen den Einstellungsantrag 459 ff.
Widerspruchsklage gegen titulierte Forderungen 274, gegen Feststellungen 392 f.
Wiederaufnahme des Konkursverfahrens nach Zwangsvergleich 448 ff., Antragsberechtigte 450, Teilnahmeberechtigte 451, Wiederholung des Verfahrens 452.
Wiederkehrende Leistungen 48, 50, 313.
Wittum 58.
Wohnort des Gemeinschuldners, Aufenthaltspflicht 295 f.
Wohn- und Wirtschaftsgebäude 74.
Wundärzte 63.

Z.

Zahlungseinstellung 139, Kenntnis der Z. 207 ff.
Zahlungsunfähigkeit 139.
Zeitliche Geltung des deutschen Konkursprozeßrechts 34.
Zeugeneid 118.
Zeugenvernehmung 120.
Zinsen seit Eröffnung des Verfahrens 57, 66, 388, von Konkursforderungen bis zur Eröffnung des Verfahrens 64, 65 f.
Zubuße 245 N. 1.
Zufall, unabwendbarer 390.
Zulassung von Forderungen im Prüfungstermin 259.
Zurückbehaltung von Konkursdividenden 376 ff.
Zurückbehaltungsrechte 111 f.
Zurückgesetzte Gläubiger im Nachlaßkonkurse 65.
Zurücknahme des Antrags auf Konkurseröffnung 134, einer Anmeldung 254.
Zurückzahlung der Überschüsse an die Genossen 341.
Zurückziehung des Widerspruchs 265, des Vergleichsvorschlags 415.
Zusatzberechnung zur Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 333, zur Nachschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 334 f.
Zuständigkeit, örtliche 115, sachliche und örtliche 37, mehrerer Gerichte 38.
Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens 453 ff.
Zustellungen 116, 124.
Zuwendung, unentgeltliche 58, Anfechtbarkeit 214, 217, an den stillen Gesellschafter, Anfechtbarkeit 216.
Zwangshaft gegen den Gemeinschuldner 295 N. 34, 297.
Zwangsvergleich 400 ff., Geschichtliches 400 ff., Nachteile und Vorteile 405, Konstruktion 406 ff., Zulässigkeit des Zw. in den verschiedenen Konkursen 409 ff., Vorschlag 412 ff., Zurücknahme des Vorschlags 415, Zurückweisung des Vorschlags 417 ff., Verhand-

lung über den Vorschlag 419 ff., Inhalt des Zw. 421, Verbot der ungleichen Behandlung 421 ff, Abstimmung 423 ff., Annahme 424 ff., Bestätigung 426 ff., Verwerfungsgründe 428 ff., Aufhebung des Verfahrens 432 ff., Wirkungen 433 f., Wirksamkeit 435 ff., Unwirksamkeit 438 ff., Zwangsvollstreckung 443 ff., Rücktritt vom Vergleich 445, Anfechtung wegen Betrugs 446 ff., Zw. im Auslande 33. — Vgl. a. S. 311, 343, 360 ff.

Zwangsversteigerung 305.

Zwangsverwaltung 305.

Zwangsvollstreckung während des Konkurses 176, 185, gegen einen Genossen auf Grund der vollstreckbaren Berechnung 337, nach Aufhebung des Konkurses durch Schlufsverteilung 387, 391 ff., nach Aufhebung des Konkurses wegen Zwangsvergleichs 443 ff.

Zwangsweise Vorführung des Schuldners im Ermittelungsverfahren 143.

Zwischenzins 47.

Paragraphen der Konkursordnung.

§ 1 S. 76, 81, 86 N. 11, 151, 239, 300.
2 43, 75, 80, 83, 85, 92 N. 1, 129, 178, 259, 389.
3 39, 49, 205, 261, 264, 438, 457.
4 106.
5 59, 259, 457.
6 151, 186, 308 N. 22.
7 55, 154, 173, 186, 206, 207, 246.
8 174, 176, 197, 308 N. 22.
9 79, 205.
10 75 N. 14, 90, 181, 182, 312, N. 5.
11 75 N. 14, 104, 105, 182, 183, 241, 312 N. 5, 435.
12 185, 435.
13 108, 178, 179.
14 89, 185.
15 102, 175, 176, 197.
16 73, 238, 239.
17 54, 75 N. 4, 96, 97, 189, 190, 191, 192, 193, 196, 234, 245, 311 N. 3.
18 191, 234.
19 75 N. 14, 191, 192, 234, 245.
20 54, 75 N. 14, 191, 193, 234, 311 N. 3.
21 75 N. 14, 193, 194, 234, 245.
22 75 N. 14, 195, 234, 245.
§ 23 S. 75 N. 14, 195, 196, 234.
24 75 N. 14, 102, 177.
25 234.
26 75 N. 14, 190, 193, 195.
27 75 N. 14, 196, 245, 249.
28 237, 249.
29 98, 176, 193, 206, 234, 261.
30 75 N. 14, 98, 204, 207, 208, 209, 210, 217, 233, 274, 451.
31 75 N. 14, 98, 204, 211, 212, 213, 216, 217, 226.
32 75 N. 14, 98, 204, 214, 216, 217, 223.
33 98, 107, 209, 210, 214, 233.
34 75 N. 14, 208.
35 98, 203, 233, 463.
36 98, 218.
37 75 N. 14, 98, 218, 219, 220, 223, 226.
38 98, 219, 224, 229, 246.
39 98, 209, 219, 224, 229.
40 98, 216, 217, 218, 223, 226.
41 98, 209, 227.
42 98, 176, 207.
43 91.
44 75 N. 14, 91, 94, 95, 96, 97.
45 91, 98, 99.
46 75 N. 14, 91, 97, 99 N. 27, 100, 246.
47 106, 108, 179.
§ 48 S. 106, 109, 112.
49 106, 109, 111, 112, 126, 308 N. 21.
50 35, 106, 107, 233.
51 75 N. 15, 106, 113, 114.
52 30, 106, 114.
53 230, 330, 331, 437.
54 116 N. 6, 230, 231, 232, 330, 370.
55 35, 75 N. 14, 230, 232, 233, 330, 332 N. 9, 437, 451.
56 36, 230, 233.
57 240.
58 162, 165, 242, 243, 244, 295 N. 34, 450.
59 100, 104, 180, 229, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 277, 278, 311 N. 3.
60 242, 249.
61 60, 64, 65 N. 19, 66, 253, 355, 367, 388, 423, 438.
62 64.
63 57, 205, 230, 232, 259, 261, 264, 388, 389, 397, 438.
64 44, 436.
65 47, 50, 394, 435.
66 51, 370.
67 51.
68 45, 56.
69 48, 50, 231, 253, 257, 394, 435.
70 50, 231, 394, 435.

§ 71 S. 36, 38, 115, 335 N. 13, 449.
72 28, 115, 167, 265, 419.
73 116. 121, 122, 124, 171, 252, 260, 276, 290, 291, 296, 297, 315, 335, 361. 362, 372, 391, 418, 420, 426, 448, 458.
74 118, 123, 462.
75 120, 336, 355, 454, 458, 460.
76 124, 148, 252, 335, 352, 361, 384, 420, 459, 461.
77 124, 360.
78 116 N. 2, 158, 160.
79 158.
80 158, 169, 170, 453.
81 124, 160, 169, 283 N. 1, 305
82 161, 249, 290, 315, 322, 341, 374, 385.
83 160, 165, 169, 259, 290, 292, 315, 322, 346, 373, 374, 385.
84 121, 161, 163, 164, 165, 169, 170, 280, 315, 322, 373, 374.
85 162, 169.
86 161, 162, 164, 166, 169, 241, 326, 381.
87 163, 164, 169.
88 164, 165, 169, 253.
89 165, 324.
90 163, 165.
91 165, 178.
92 165, 170, 453.
93 124, 164, 166, 314, 363, 426.
94 167, 169, 381,
95 122, 167. 168, 169, 435 N. 2.
96 44, 122, 198, 169, 435 N. 2.
97 121, 169.
98 124, 166, 169.
99 161, 164, 171, 317, 318, 321, 325, 382, 464 N. 17.
100 164, 259, 292, 293, 296
101 259, 295, 296, 297, 298, 300, 415.
102 139.
103 125.
104 146, 458.
105 121, 131, 142, 143, 145, 450, 458.
106 124, 143, 450.
107 141, 463.
§ 108 S. 146, 147, 450.
109 147, 148, 450.
110 148, 152, 158, 166, 252, 258, 419.
111 124, 147, 148, 150, 152, 252, 286, 384, 433, 450.
112 148, 150, 384, 433, 450, 461.
113 143, 149, 150, 152, 384, 433, 450.
114 149.
115 143, 149.
116 119, 124, 150.
117 75 N. 15, 282, 300, 304.
118 152, 286.
119 287.
120 289.
121 289.
122 75 N. 15, 289, 291, 292.
123 284, 285, 452.
124 285. 286 N. 10, 292, 293, 452, 458.
125 292, 296, 416, 463.
126 305.
127 304, 309, 310, 357 N. 33.
128 75 N. 14, 15; 116, 178, 301, 303.
129 244. 319, 321, 322.
130
131 75 N. 15, 325.
132 75 N. 15, 121, 170. 244, 317, 320, 322, 326, 340.
133 103, 190, 241, 245, 311, 313, 314, 315, 316, 317, 419.
134 170, 245, 304, 313, 314, 315, 317.
135 124, 161, 245, 314, 315, 419.
136 157, 190, 245, 264, 315.
137 164, 170, 323, 324.
138 252, 258, 311, 456.
139 67, 124, 253, 253 N. 3, 457.
140 254, 255, 255 N. 9, 348.
141 121, 258, 259.
142 121, 252, 253, 258, 265.
143 259.
144 167, 187, 188, 260, 265, 395.
145 265, 266, 348, 452.
146 39, 50, 51, 52, 66, 120, 186, 262, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 312 N. 4, 348, 349, 370, 376, 393, 452, 453.
§ 147 S. 243 N. 10, 246, 270. 272, 276, 278, 452.
148 270, 274 N. 15.
149 346, 357.
150 164, 347.
151 124, 331, 348, 351, 363, 366.
152 252, 269, 276, 331, 348, 349, 352, 353. 355, 357, 358, 360. 361, 364, 369, 370, 376, 396, 397, 398.
153 44, 331, 350, 352, 353, 355, 357, 358, 362, 365, 377, 378, 397.
154 51, 52, 331, 353, 355, 358, 364, 370, 377, 397.
155 331, 353, 355, 372, 381.
156 331, 358, 397.
157 331, 352, 353, 372.
158 52, 348, 354, 355, 356, 358, 360. 361.
159 124, 164, 241, 358, 359.
160 161, 347, 360.
161 161, 228, 333, 346, 362.
162 52, 121, 161, 166, 170, 241, 326. 331, 348, 354, 355, 363, 381.
163 122, 124, 228, 254, 382, 383, 384, 453.
164 260. 264, 265, 267, 272, 277, 378, 387, 388, 392, 393, 399, 444, 461, 464.
165 117 N. 8, 264, 267, 376, 378, 390, 391, 397, 399, 444, 445.
166 241, 280, 287, 288, 346, 365 N. 47, 369, 371, 373, 382.
167 374.
168 51, 52, 116 N. 6, 254, 276, 331, 368, 370, 376, 377, 378, 379, 386.
169 380.
170 253 N. 3, 367.
171 116 N. 6, 231, 370.
172 241, 372, 373.
173 253 N. 3, 420, 423, 428,
174 360, 413, 428.
175 360, 415, 416, 417. 428, 429, 453.
176 164, 417, 418, 428.
177 164, 418, 428.
178 407, 414, 419, 428.
179 121, 124, 164, 166, 419, 420, 428.
180 420, 428.

§ 181 S. 421, 422, 428.
182 121, 170, 423, 424, 426, 428.
183 425 N. 8, 428.
184 171, 426, 427.
185 425, 432.
186 428, 429.
187 417, 428, 429, 450.
188 425 N. 8, 428, 429, 430, 431.
189 122, 432.
190 122, 124, 228, 190, 433.
191 116 N. 6, 150, 191 N. 11, 229, 242, 253 N. 3, 273, 423, 433, 464.
192 229, 242, 273, 434.
193 435, 436, 438, 440, 441, 442.
194 264, 265, 267.
195 444, 445.
196 445, 446, 447.
197 447, 448, 451.
198 124, 228, 448, 449, 450.
199 228, 451.
200 451.
201 452.
202 3 N. 4, 229, 242, 254, 273, 453, 456, 457, N. 9, 458, 460.

§ 203 S. 121, 124, 229, 456, 458, 459.
204 242, 254, 273, 453, 463, 464.
205 124, 242, 461, 464.
206 242, 264, 267, 273, 277, 461, 464.
207 69, 139.
208 132, 142, 145, 146.
209 45, 73, 140, 142.
210 121, 132, 142, 145, 146.
211 411, 413, 428, 441.
212 44, 45, 146, 378.
213 69, 71, 72, 132, 139, 142, 145.
214 38, 256 N. 10.
215 140.
216 68.
217 121, 126, 133, 142, 145, 146.
218 121, 127, 142, 145.
219 127, 128, 129, 131, 145 N. 5.
220 129, 145 N. 5.
221 102, 177.
222 215, 216, 223.
223 246.
224 40, 215, 242, 246, 248, 249, 355.
225 41, 43, 129, 216, 225.

§ 226 S. 40 N. 3, 43, 49, 59, 64, 65, 77, 128, 253 N. 3, 263, 348, 367, 388, 424, 427, 431, 439, 440, 444.
227 66.
228 77, 225.
229 256.
230 121, 411, 413, 424, 427, 428, 431, 432, 435 N. 1, 439, 444.
231
232 75, 129, 131, 132, 292.
233 75.
234 44, 47, 351, 353, 378.
235 68, 71.
236 43, 59, 64, 71, 77, 102, 121, 133, 134, 140, 142, 177, 216, 225, 248, 257, 351, 353, 378, 424, 427, 428, 431, 432, 439, 443, 444.
237 32, 34, 202.
238 32, 38, 70, 88, 203.
239 225, 416, 446, 447.
240 256, 292.
241 212.
243 423.
244 299 N. 44.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

JUG LSJ IZd
Deutsches Konkursprozessrecht
Stanford Law Library
3 6105 044 519 952